DIE

URHEBERBENENNUNG

(NOMINATIO AUCTORIS)

EINE HISTORISCH-DOGMATISCHE STUDIE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT ZU GIESSEN

VORGELEGT VON

LUDWIG KRUG

GERICHTSACCESSIST IN MAINZ.

BERLIN.

CARL HEYMANNS VERLAG.

1894.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538127_0035

Die Urheberbenennung.

(Nominatio auctoris.)

Eine historisch-dogmatische Studie.

I. Theil.

§ 1.*)

Nicht mit Unrecht hat man die in L. 2. C. ubi in rem actio exerceri debet 3, 19 enthaltene Konstitution Kaiser Konstantins aus dem Jahre 331, in welcher die herrschende Lehre die Quelle der späterhin sogenannten nominatio sive laudatio auctoris erblickt, als eine „berüchtigte" bezeichnet. In der That ist denn dieses Institut Gegenstand einer ganzen Fülle von Streitfragen, und selbst bezüglich der ratio legis bestehen, — wenigstens in der gemeinrechtlichen Litteratur, — grundverschiedene Auffassungen. Die Erklärung für diese Thatsache ist in letzter Linie im Gebiete des Civilrechtes zu suchen, und zwar in der bis in die neueste Zeit kontroversen Auslegung der L. 9 D. de rei vindicatione 6, 1. Um für die folgenden Erörterungen eine sichere Grundlage zu gewinnen, erscheint es nothwendig, auf die zuletzt erwähnte Streitfrage kurz einzugehen, und zu derselben Stellung zu nehmen.

In der L. 9 D. cit. bezeichnet es Ulpian bei der rei vin-

---

*) Die Lehrbücher und Kommentare sind nur nach den Namen der Verfasser bezeichnet. Das Lehrbuch von Windscheid ist nach der 7., Dernburg's Pandekten sind nach der 2. Auflage zitirt. Die Kommentare von Gaupp und Petersen sind nach der 2., Seuffert ist nach der 5., der Kommentar von v. Wilmowski-Levy nach der 6. Auflage zitirt. Die Verweisungen auf die Kommentare beziehen sich, wo nicht ausdrücklich anders angegeben, stets auf die Bemerkungen zu § 73.

dicatio als Pflicht des Richters, zu prüfen, ob der Beklagte, einerlei aus welchem Grunde, die Sache besitze, und erklärt den Besitzer, der keine exceptio vorzubringen habe, zur Restitution an den Kläger für verpflichtet, falls letzterer den Eigenthumsnachweis erbracht habe. Allerdings hätten einige, wie Pegasus, bei der Eigenthumsklage nur denjenigen Besitzer für passiv legitimirt gehalten, dem die Interdikte uti possidetis oder utrubi zustünden, und Pegasus habe die Vindikation gegen den Depositar, Kommodatar, Miether etc. für unstatthaft erklärt, „quia hi omnes non possident". „Puto autem," — so fährt Ulpian fort, — „ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse".

Hiernach steht zunächst fest, dass nach Ansicht des Pegasus nur der juristische Besitzer bei der rei vindicatio der rechte Beklagte war, und es ist leicht ersichtlich, dass dieser Grundsatz für den Vindikanten sehr verhängnissvoll werden musste, wenn er absichtlich oder irrthümlich den blossen Detentor der Sache auf Restitution belangt hatte. Die so angestellte Klage wurde, wenn anders der Beklagte die Qualität seines Besitzes vorschützte, ohne weiteres [1]) abgewiesen. Wie

[1]) Unrichtig ist die Ansicht Mittermaier's — (Beiträge zur Lehre von der Benennung des Auktors, im Archiv für d. civilistische Praxis Bd. III S. 399 ff.) —, es sei dem Vindikanten ein Leichtes gewesen, durch eine interrogatio in jure den auf andere Weise oft schwer zu ermittelnden civilistischen Besitzer in Erfahrung zu bringen, und so der im Texte angedeuteten Gefahr zu entgehen. Durch eine interrogatio in jure konnte, wie aus Dig. XI 1 erhellt, der Beklagte lediglich zu einer Erklärung darüber angehalten werden, ob und inwieweit er zur Sache legitimirt sei, „qua ex parte heres sit" (L. 1 pr. D. h. t.), „an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali judicio agitur" (L. 5 D. h. t.) — (Vgl. Wirsing, Ueber das Wesen und die prozessualische Natur der nominatio auctoris nach gemeinem Recht, Würzburg 1848 § 1 pag. 11.) Niemals war es dem Kläger gestattet, sich dieses prozessualen Institutes zu bedienen, um von dem Beklagten über die Beziehungen dritter Personen zur Streitsache Aufschluss zu erlangen (arg. L. 9 § 3 D. h. t. 11, 1). Auch hatte die interrogatio in jure den ganz speziellen Zweck, den Kläger gegen die schweren Nachtheile der pluspetitio sicher zu stellen (L. 1 pr. D. h. t.). Schliesslich sei noch erwähnt, dass manche Schriftsteller die Zulässigkeit der interrogationes in jure bei dinglichen Klagen überhaupt läugnen (vgl. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten Bd. VIII § 586 Anmk. 82).

verhält sich nun hierzu die Meinung Ulpian's? Seit alters hat sich in der juristischen Litteratur das Bestreben bemerkbar gemacht, die Ansichten der beiden Juristen in Einklang zu bringen. Einige griffen zu diesem Behufe zu dem Mittel der Konjektur, stiessen jedoch bei der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller auf entschiedenen Widerspruch. Viele Rechtsgelehrten [2]) bemühten sich, ohne Aenderung des Textes, nachzuweisen, dass die Ansichten von Pegasus und Ulpian sehr wohl zu vereinigen seien. Alle diese Versuche sind nicht geglückt, und sie konnten dies nicht, weil sich eben direkte Gegensätze nicht vereinigen lassen. Die ganze Diktion der L. 9 cit. lässt unzweideutig erkennen, dass Ulpian mit der Meinung des Pegasus in Widerspruch treten wollte. Quidam tamen, ut Pegasus, putaverunt — puto autem das ist nicht die Form, welche die römischen Juristen wählten, um ihrer Uebereinstimmung mit der Ansicht eines anderen Ausdruck zu verleihen. Und dieser Gegensatz, diese stete Gegenüberstellung zieht sich durch die ganze Stelle hindurch: Ait ab eo, apud quem deposita est etc. . . . vindicari non posse, — puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse. Das kann m. E. nur heissen, dass, während Pegasus bei der rei vindicatio nur den juristischen Besitzer für passiv legitimirt erachtete, und den Besitz in fremdem Namen nicht für ausreichend erklärte, Ulpian diese Unterscheidung fallen liess, und den Detentor bei der Eigenthumsklage ebenso behandelt wissen wollte, wie den civilistischen Besitzer.[3]) Wir haben sonach in Pegasus den Vertreter einer älteren Ansicht

---

[2]) So z. B. Glück (a. a. O. S. 195 ff.), Emminghaus („Beitrag zur Lehre von der Benennung des Auktors" in v. Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. XVIII S. 421 ff. § 2); s. auch die bei Wirsing (a. a. O. § 2 S. 15 ff.) zitirten.

[3]) Dieser Auslegung der Digestenstelle haben sich nach dem Vorgange von v. Vangerow (Lehrbuch der Pandekten 6. Aufl. Bd. I § 332 Anmk. 3 1) die namhaftesten Rechtslehrer angeschlossen; vgl. Briegleb (Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse § 69); Bethmann-Hollweg (Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses S. 58 Anmk. 128); Wetzell (System des ordentlichen Civilprozesses 3. Aufl. § 7 Z. 3); Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechtes 7. Aufl. Bd. I § 196 Z. 2); Dernburg (Pandekten 2. Aufl. Bd. I § 225 Z. 2).

zu erblicken, während uns in Ulpians Lehre die entwickelte, mit der Durchbildung des Gedankens von der Dinglichkeit des Eigenthumsrechtes und der Eigenthumsklage in Verbindung stehende, und von dieser beeinflusste Rechtsanschauung entgegentritt.

Steht dieses fest, so ist hierdurch gleichzeitig die Lage des Vindikanten gegenüber dem früheren Rechte wesentlich verbessert. Der mit der Eigenthumsklage Auftretende braucht jetzt nicht mehr Abweisung seiner Klage zu befürchten, wenn er den Detentor anstatt den juristischen Besitzer belangt hat; denn beide sind nunmehr zur Sache legitimirt, und es unterliegt der freien Wahl des Klägers, ob er sich an diesen oder an jenen wenden will. — Die günstigere Gestaltung der Position des Vindikanten hatte aber auf der anderen Seite eine Benachtheiligung sowohl des dominus possessionis als des Detentors zur nothwendigen Folge. Während der juristische Besitzer bis dahin die Gewissheit hatte, dass ein etwaiger Eigenthumsprätendent — vorausgesetzt, dass der Beklagte sich nicht doloser Weise als juristischer Besitzer gerirte — sich nothwendig an ihn wenden musste, konnte jetzt der Fall eintreten, dass zwischen dem Detentor und einem Dritten über sein Eigenthum prozessirt wurde, ohne dass er hiervon Kenntniss erlangte und im Stande war, seine Rechte zu wahren. Allerdings konnte die in dem Rechtsstreite Dritter ergehende Entscheidung ihm gegenüber keine Rechtskraft erlangen, und es war ihm daher unbenommen, gegen den obsiegenden Kläger vorzugehen, auch, wo die Voraussetzungen vorlagen, von dem Detentor Schadensersatz zu verlangen, allein der Besitz und damit die günstigere Parteistellung in dem neuen Eigenthumsprozesse war für ihn verloren.

Noch misslicher gestaltete sich bei Anwendung des Ulpianschen Grundsatzes die Lage des mit der rei vindicatio beklagten Detentors. Konnte dieser sich nach dem früheren Rechte durch den blossen Hinweis auf seinen mangelnden Besitzwillen von dem Prozesse befreien, — es sei denn, dass Kläger ihm das Gegentheil nachgewiesen hätte, — so wurde er jetzt mit einer derartigen Behauptung nur insoweit gehört, als es etwa der Vindikant für vortheilhafter hielt, die Klage

gegen den civilistischen Besitzer zu richten, und desshalb von dem Detentor freiwillig abzulassen. Geschah dies nicht, so standen dem Beklagten alieno nomine possidens nur zwei Wege offen: entweder dem Klageantrage zu genügen, — und dann drohte ihm die Schadensersatzklage seines Auktors, — oder die Klagebehauptungen zu bestreiten, und den Rechtsstreit in aller Form durchzuführen.[4]) Dass dies für den Detentor in den meisten Fällen eine überaus lästige Verpflichtung war, liegt auf der Hand. Was konnte der Entleiher einer Sache, der im Begriffe stand, dieselbe an ihren Eigenthümer zurückzugeben, der Miether und der Pächter, deren Mieths- resp. Pachtzeit demnächst zu Ende ging, für ein Interesse daran haben, einen ihnen kurz vor diesem Zeitpunkte aufgedrängten Vindikationsstreit persönlich zum Austrag zu bringen? Allein man braucht gar nicht zu derartigen nicht ganz nahe liegenden Beispielen zu greifen, wo der Detentor dem Streite um das Recht an der Sache völlig uninteressirt gegenübersteht; es lässt sich eine ganze Anzahl von Fällen denken, wo der Detentor zwar an der Fortdauer seines Naturalbesitzes interessirt, wo indessen dieses Interesse nicht stark genug ist, um ihm nicht angesichts des durch die Prozessführung erforderlich werdenden Aufwandes an Mühe, Zeit und Kosten, und im Ge-

[4]) Wenn Emminghaus (a. a. O. S. 437, 442 u. 450) und Bolgiano (Handbuch des Reichscivilprozessrechtes Bd. I S. 258/259; — Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete des deutschen Civilprozesses I S. 4 ff.) behaupten, die Eigenthumsklage habe nicht „mit Wirksamkeit gegen den Naturalbesitzer angestellt werden können", dieser habe vielmehr, „dafern er sich zeitig als solchen kundgab und auswies, stets von der .... wider ihn erhobenen Eigenthumsklage entbunden werden müssen", so ist dies im Grunde genommen nur einer jener bereits besprochenen Versuche, zwischen der Pegasianischen und Ulpianischen Theorie einen Ausgleich herzustellen. In den Quellen findet diese Behauptung keinen Anhaltspunkt. — Auch der Ansicht mehrerer Schriftsteller (so z. B. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 59), dass der beklagte Detentor vor Einführung der auctoris nominatio eine litis denuntiatio an seinen Auktor habe vornehmen können, ist nicht beizutreten. Noch im Corpus juris ist die Zulässigkeit der Litisdenunziation im technischen Sinne auf den Fall des Käufers im Eviktionsprozesse beschränkt (vgl. L. 53 § 1; L. 62 § 1 D. de evictionibus 21, 2; LL. 7—9; L. 17; L. 20; L. 23; L. 29 C. de evictionibus 8, 44).

fühle der Verantwortlichkeit wegen mangelhafter Prozessführung gegenüber seinem Auktor, die Aufgabe der Detention als das kleinere Uebel erscheinen zu lassen. Dazu kommt der weitere Umstand, dass in der Regel nur demjenigen, welcher die Sache cum animo sibi habendi besitzt, die nöthigen Beweismittel zu Gebote stehen, dass meist nur er in der Lage sein wird, die zum Nachweise eines derivativen Erwerbes tauglichen Urkunden zu beschaffen, die eine stattgehabte Ersitzung bekundenden Zeugen zu produziren.

Diese Missstände drängten dazu, Mittel und Wege zu finden, die einerseits dem beklagten Detentor die Abwälzung eines ihm lästigen Prozesses, andrerseits dem dominus possessionis den Eintritt in den Rechtsstreit ermöglichten — alles unter thunlichster Rücksichtnahme auf das Interesse des Klägers an möglichst baldiger Entscheidung über seinen Anspruch. Die Realisirung dieses Gedankens erfolgte durch die nachmals als L. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 der Justinianeischen Kompilation eingefügte Konstitution Kaiser Konstantin's aus dem Jahre 331, welche hier zunächst im Wortlaut folgen möge:

Imp. Constantinus A. ad universos provinciales: Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in judicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat sive in agro sive in alia provincia sit, certo dierum spatio ab judice finiendo eoque ad notionem eius perducendo, vel ipse in locis in quibus praedium situm est perveniens, vel procuratorem mittens actoris intentiones excipiat. Si vero post huiusmodi indultum tempus minime hoc quod dispositum est facere maluerit, tamquam lite quae ei ingeritur ex die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata iudex, utpote domino possessionis nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit et tunc in eadem voluntate eo permanente negotium summatim discutiens in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni adlegatione absenti de principali quaestione servata.

Zufolge dieser Verordnung ist also der mit einer ding-

lichen Klage [5]) belangte Besitzer einer unbeweglichen Sache in fremdem Namen berechtigt, und — im Verhältnisse zu seinem Auktor — verpflichtet, sofort, und zwar jedenfalls vor der Litiskontestation, bei Gericht seinen Urheber zu benennen. Dieser wird alsdann durch den Richter von der geschehenen Nomination, ohne dass hierüber eine Verhandlung oder gar Beweisaufnahme stattgefunden hätte, in Kenntniss gesetzt und aufgefordert, innerhalb bestimmter Frist an dem Orte der belegenen Sache entweder selbst zu erscheinen, oder einen Vertreter dahin zu senden, und den Prozess zu übernehmen. Kommt der Nominat dieser Auflage nicht nach, so soll ihn der Richter unter Androhung der für den Fall seines Ausbleibens bevorstehenden Rechtsnachtheile nochmals förmlichst vorladen, und, wenn auch dies erfolglos bleibt, nach summarischer Prüfung der Sachlage dem Kläger unverzüglich und ohne weitere Verhandlung missio in possessionem gewähren, dem Benannten dagegen die Wahrung seiner Rechte bezüglich der Hauptsache vorbehalten.

Damit ist die der Gesetzgebung gestellte Aufgabe gelöst. Indem es die Konstitution Konstantins dem mit einer dinglichen Klage in Anspruch genommenen Naturalbesitzer möglich macht, den Kläger an den dominus possessionis zu verweisen, und dann, sei es nach Uebernahme des Prozesses durch den Auktor, sei es ohne solche, aus dem Rechtsstreite auszuscheiden, — nimmt sie ihm die drückende Last der Prozessführung in fremdem Interesse von den Schultern, befreit ihn von der Verantwortlichkeit gegenüber dem Auktor, und gibt ihm zugleich ein Mittel an die Hand, sich etwaiger Eviktionsansprüche versichert zu halten. Daneben ist dem Benannten Gelegenheit geboten, den Streit um sein Recht selbständig auszufechten, ohne hierbei an die infolge Mangels an Interesse und Kenntniss der einschlägigen Verhältnisse häufig unzulängliche Prozessführung des faktischen Besitzers gebunden zu sein, — endlich

[5]) Der Einfachheit halber soll auch im Folgenden zunächst nur von der Eigenthumsklage, als dem hauptsächlichsten Anwendungsfalle der nominatio auctoris gesprochen werden. Eine Zusammenstellung der sonstigen Klagen, bei denen dieselbe Platz greifen kann, wird im § 3 zu erfolgen haben.

sind zum Schutze des Klägers eine Reihe von Vorkehrungen zur Verhinderung von Prozessverschleppung getroffen, wobei noch zu beachten ist, dass durch die nominatio auctoris nicht selten einem Wunsche des Klägers, den juristischen Besitzer in Erfahrung zu bringen, begegnet wird.

Nach dem Gesagten erscheint es kaum noch nöthig, hervorzuheben, dass ich die Ansicht Mittermaier's,[6]) welcher die Benennung des Urhebers für einen dem Beklagten auferlegten „widerrechtlichen Zwang" erklärt und behauptet, dieselbe stehe „im Widerspruch mit den allgemeinen Prozessgrundsätzen", besonders mit dem Grundsatze: „dass keine Partei schuldig sei, dem Gegner seine Prozessführung zu erleichtern" — für irrig halte; — ebensowenig kann der Meinung von Glück,[7]) der den Zweck der Verordnung darin findet: „den wahren Beklagten ausfindig zu machen", beigetreten werden. Wäre übrigens die Ansicht Mittermaier's richtig, wäre in der That dem Beklagten durch Konstantins Konstitution ein „im Widerspruch mit den allgemeinen Prozessgrundsätzen" stehender „widerrechtlicher Zwang" auferlegt, also Ausnahmerecht geschaffen, so müsste die alte Rechtsregel Anwendung finden: Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias, und es wäre mithin eine Ausdehnung der von Konstantin getroffenen Bestimmungen absolut unzulässig gewesen.[8]) Nunmehr haben aber Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes, und diesen folgend die neuere und neueste Prozessgesetzgebung übereinstimmend auch den alterius nomine possidens einer beweglichen Sache zur laudatio auctoris verstattet, — Beweis genug dafür, dass man in diesem Institute kein anomales, sondern ein den praktischen Bedürfnissen entsprechendes, der Entwicklung fähiges Rechtsgebilde erblickt hat. Die Auffassung der in Rede stehenden Konstitution als einer widerrechtlich dem Beklagten auferlegten Last war lediglich eine Konsequenz jener veralteten Theorie, dass der blosse Naturalbesitzer bei der dinglichen, speziell bei der

---

[6]) a. a. O. § 2 S. 401 u. 402.

[7]) a. a. O. § 586 S. 198.

[8]) vgl. Dernburg, Pandekten Bd. I § 33.

Eigenthumsklage, nicht passiv legitimirt sei. — Im Gegensatze hierzu wird man im Hinblick auf die vorhin dargestellte geschichtliche Entwicklung in der nominatio auctoris „eine dem beklagten Detentor eingeräumte Rechtswohlthat" erkennen müssen; „indem dieser an und für sich der rechte Beklagte ist, und der Kläger ohne diese Rechtswohlthat nicht genöthigt werden könnte, gegen einen Dritten die Vindikation anzustellen." [9] [10])

Dies in grossen Zügen meine Auffassung von der L. 2 C. 3, 19. — Dieselbe im einzelnen zu begründen, und zu den zahlreichen Streitfragen, welche die Auslegung dieser Kodexstelle hervorgerufen hat, Stellung zu nehmen, soll, — soweit dies für das Verständniss des heutigen Rechtes nothwendig ist, — bei der Darstellung der einzelnen rechtlich erheblichen Momente versucht werden. Hier ist zunächst noch zweier Ansichten Erwähnung zu thun, welche der Ableitung der gemeinrechtlichen laudatio auctoris von der L. 2 C. cit. jede Berechtigung absprechen.

Schultze [11]) behauptet, das Institut der laudatio auctoris habe „seine historische Wurzel nicht im römischen Rechte, sondern in dem deutschrechtlichen Institut des „Ziehens auf den Gewähren". Die in der L. 2 C. 3, 19 „angeordnete provisorische Besitzeinweisung des Klägers auf Grund einer einseitigen und summarischen Kognition" hält Schultze nur für „eine Anwendung des allgemeinen Versäumnissprinzips auf diesen konkreten Fall der Versäumniss." Dieser letzteren Ansicht darf wohl entgegengehalten werden, dass ein Versäumnissverfahren nur gegen eine Prozesspartei statthaft war und ist; Partei wird aber der dominus possessionis, wie unten zu zeigen, erst durch die Uebernahme des Prozesses, nicht durch die blosse Ladung. Auch wird bei der Annahme, dass die Konstitution

---

[9]) Vangerow a. a. O. § 332 Anmk. 3 I.

[10]) Ueber die Bedeutung der Konstantinischen Verordnung als Ausgangspunkt für die Schaffung des forum rei sitae vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 58; Wieding, Der Justinianeische Libellprozess, Wien 1865 § 29 S. 637.

[11]) Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung I. Theil S. 571 und Anmk. 2 daselbst.

Konstantin's nur das Versäumnissverfahren betreffe, m. E. übersehen, dass der Gesetzgeber doch in erster Linie den Fall im Auge hat, dass der Nominat, der Benennung Folge leistend, „actoris intentiones excipiat," und dass den bei seinem Ausbleiben eintretenden Rechtsnachtheilen vermöge ihrer besonderen Bestimmung, den Laudaten im Interesse des Beklagten zum Eintritt in den Rechtsstreit zu veranlassen, ein ganz spezifischer Charakter zukommt. —

Eine ganz eigenartige Erklärung der L. 2 C. cit. gibt Wieding,[12]) indem er diese Stelle in Verbindung bringt mit L. 1 C. si per vim 8. 5. In dieser Konstitution wird den Propinqui, vel parentes, vel proximi, vel amici, vel coloni, vel liberti, vel servi, welche für ihren abwesenden Herrn quolibet titulo den Besitz an einem Grundstücke ausüben, die Befugniss ertheilt, im Falle der Dejektion die Interdikte recuperandae possessionis anzustellen, während dem dominus possessionis der Streit um das Recht zum Besitze vorbehalten bleibt. Demgemäss versteht Wieding unter dem „quis alterius nomine possidens" der Lex 2 cit. nicht die Detentoren schlechthin, wie Miether, Depositar etc., sondern die in L. 1 C. 8. 5 aufgeführten Personen, welche die possessio „nicht für eigene, sondern für fremde Rechnung, und insofern alieno nomine betrieben oder detinirten", und die vom Richter gelegentlich der zu Beginn des Prozesses vorzunehmenden inquisitio personae legitimae zur Angabe des dominus genöthigt werden konnten. — Insofern gesteht daher Wieding der L. 2 cit. für das heutige Recht nur noch eine „historische Bedeutung" zu.

Ein näheres Eingehen auf die Ansichten von Schultze und Wieding würde zu tief in das Gebiet der Rechtsgeschichte führen, und muss daher mit Rücksicht auf den Zweck dieser Arbeit unterbleiben. Unbestrittene Thatsache ist es, dass Theorie und Praxis die nominatio auctoris bis in die neueste Zeit fortwährend auf die L. 2 C. ubi in rem actio fundirt, und aus dieser erklärt haben, und es erscheint kaum glaublich, dass ein Rechtsinstitut, dessen Lebensfähigkeit und praktische Verwendbarkeit durch Jahrhunderte lange Existenz sowohl,

[12]) a. a. O. § 29 S. 628 ff.

wie durch Aufnahme in die modernen Prozessgesetzgebungen ausser jeden Zweifel gestellt ist, der falschen Auslegung einer Stelle der Justinianeischen Kompilation, also einem reinen Zufalle, seine Entstehung verdanken sollte. — Zunächst finden wir die Bestimmungen der L. 2 C. in einer Dekretale Innocenz III. wieder, welche demnächst in das Corpus juris canonici — c. 5 § 7 X. ut lite non cont. — 2, 6 — überging. An dem Wortlaute der Kodexstelle sind hier nur wenige Aenderungen vorgenommen, die jedoch theilweise über die damalige Interpretation der Konstantin'schen Verordnung Aufschluss geben. So lässt namentlich die eingangs der Dekretale vorgenommene Textänderung erkennen, dass Innocenz III. unter dem Beklagten „alterius nomine possidens" den Detentor im Sinne der L. 9 D. 6, 1 verstanden wissen wollte.[13]) Der gleichen Auffassung begegnen wir auch in der Accursischen Glosse, wie dies die unten in Note 63 wiedergegebene Stelle beweist. Mit der Rezeption kam die nominatio auctoris nach Deutschland, und wurde hier, wie weit auch die Ansichten, namentlich bezüglich der prozessualen Natur dieses Institutes, im einzelnen auseinandergehen mochten, stets im Anschluss an die mehrerwähnte Kodexstelle erörtert. Von Prozessgesetzen, beziehungsweise Gesetzesentwürfen, welche eine nominatio s. laudatio auctoris, (Benennung des Autors, Nomination, Benennung des rechten Besitzers, Urheberbenennung etc.) kennen, seien folgende erwähnt:[14]) 1) Fürstlich Hessische Prozess-Ordnung, wie die Rechts-Sachen bey denen Aembtern und Unter-Gerichten in erster Instanz geführet, und von denenselben an die Fürstl. Regierungs-Collegia per Appellationem gebracht, auch wie viel daselbst an Ambts-Gebühren und Sportuln pro diversitate Causarum et Casuum abgenommen werden solle — vom Jahre 1724 (Titulus IV § 14). — 2.) Die allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten vom 6. Juli 1793 (I. Theil 17. Titel §§ 34—41).[15]) 3) Die hannöversche C.P.O. vom 8. November 1850 (§ 40) — [heraus-

[13]) Wetzell, System § 7 Anmk. 40.

[14]) Die in Betracht kommenden Paragraphen resp. Artikel sind in Klammern beigefügt.

[15]) Die braunschweigische und oldenburgische Proz.O. von 1850 und

gegeben und erläutert von Leonhardt. IV. Aufl. Hannover 1867]. 4) Prozess-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Grossherzogthum Baden vom 18. März 1864. (§§ 124—127). — [Mit den Motiven etc. zusammengestellt von L. Stempf, Mannheim 1864.] — 5) Entwurf einer Pr.O. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Grossherzogthum Hessen nebst Motiven von 1856 (Art. 116—119). 6) Die Württembergische C.P.O. vom 3. April 1868 (Art. 107—109; 335; 340; 344). 7) Pr.O. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern vom 1. Februar 1869 (Art. 74 bis 77). 8) Der sogenannte hannöversche Entwurf von 1866 (§§ 62—64). 9) Der preussische Entwurf von 1864 (§ 744). 10) Der norddeutsche Entwurf von 1869 (§ 113 u. 114).[16]) — Der „Entwurf einer deutschen C.P.O." von 1871 (sog. I. Entw.) behandelt die Urheberbenennung in § 71, ebenso die beiden folgenden Entwürfe von 1872 und 1874. Die beiden letzteren, in ihrem § 71 völlig gleichlautend, unterscheiden sich von dem § 71 des I. Entwurfes nur durch eine etwas präzisere und klarere Diktion in Absatz 1 und 4. — Der hier in Betracht kommende Paragraph des III. Entwurfes erfuhr sowohl bei den Berathungen der Reichsjustizkommission, als auch vor dem Plenum des Reichstages keinerlei Abänderung.[17]) Sedes materiae in der R.C.P.O. ist der § 73. Dieser Paragraph berechtigt den Besitzer einer beweglichen oder unbeweglichen Sache in fremdem Namen, wenn er in seiner Eigenschaft als Besitzer verklagt ist, seinem Auktor vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit zu verkünden und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung über die Nomination zu laden, inzwischen aber die Einlassung zu verweigern. Leistet nun der Benannte der Ladung überhaupt, oder der Aufforderung zur Erklärung keine Folge, oder bestreitet er die Richtigkeit

1857, sowie der Entw. einer bürgerl. Pr.O. für d. Königreich Sachsen von 1864 waren mir nicht zugänglich.

[16]) Vgl. hierzu: Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung d. Entw. einer C.P.O. für die Staaten des Norddeutschen Bundes. Berlin 1868, 30. und 31. Sitzung.

[17]) Vgl. Hahn, Die gesammten Materialien zur C.P.O. etc., Berlin 1880, S. 12; 181—184; 546; 910; 980; 1209.

der Nomination, so kann der Beklagte nach freier Wahl den Rechtsstreit durchführen, oder dem Klagantrage genügen.

Räumt dagegen der Nominat die Behauptung des Beklagten, dass er der juristische Besitzer sei, als richtig ein, so ist er befugt, mit Zustimmung des Laudanten den Prozess als Beklagter zu übernehmen, wogegen jener aus dem Rechtsstreite ausscheidet, und auf seinen Antrag hin auch formell von der Klage zu entbinden ist. Dem allem kann sich der Kläger nur insoweit widersetzen, als derselbe Ansprüche persönlicher Natur gegen den Beklagten geltend macht. Die in der Hauptsache ergehende Entscheidung ist trotz des Ausscheidens des Nominanten in Ansehung der Sache selbst auch gegen diesen wirksam und vollstreckbar.

In diesen Bestimmungen finden wir die Verwirklichung desselben legislatorischen Gedankens, dem bereits die Konstitution vom Jahre 331 ihre Entstehung verdankt: — Gänzliche Befreiung des Besitzers in fremdem Namen von einem Prozesse, an dem er kein, oder nur geringes Interesse hat, durch Ertheilung der Befugniss, entweder den Rechtsstreit auf seinen Auktor abzuwälzen, oder bei passivem Verhalten desselben die Defension aufzugeben, — Ermächtigung des Benannten, den Streit über sein Recht mit Zustimmung des Beklagten als Partei zu übernehmen,[18]) — endlich Schutz des Klägers gegen Prozessverschleppung und die in der Verweisung an einen Dritten liegende Gefährdung seiner Rechte.[19])

Die Darstellung der prozessualen Natur der nominatio auctoris im heutigen Rechte, der Formen, in denen die Be-

[18]) Motive zu § 71 des III. Entwurfes S. 427 und 428. (Die Motive sind nach der Fr. Kortkampf'schen dritten Ausgabe des Entwurfes einer C.P.O. für das Deutsche Reich mit Motiven und Anlagen, Berlin 1874, zitirt.)

[19]) Mit Ausnahme der Preuss. Allg. Ger.Ordnung, welche im Interesse des Klägers den Beklagten zur Nomination verpflichtet (vgl. I 17 § 35), stehen die oben angeführten neueren Prozessgesetze und Prozessgesetzentwürfe im Wesentlichen auf dem gleichen Standpunkte wie die R.C.P.O. Die Mittel zur Erreichung des Zieles sind jedoch vielfach insofern unzulänglich, als es durch eine zu weit gehende Rücksichtnahme auf den Kläger diesem häufig möglich gemacht wird, die im Prinzip angestrebte Befreiung des Beklagten vom Prozesse zu vereiteln.

nennung sich zu vollziehen hat, ihres Anwendungsgebietes, ihrer Voraussetzungen und Wirkungen, — wird unter Zuhülfenahme der Rechtsvergleichung in den nun folgenden Paragraphen des speziellen Theiles zu erfolgen haben.

II. Theil.

§ 2.

Die nunmehr vorzunehmende Untersuchung der prozessualen Natur der nominatio auctoris führt uns zu einer der bestrittensten Fragen in unserer Materie. — Verkennung des historischen Entwickelungsprozesses der Nomination und der Bedürfnisse, aus denen dieses Institut hervorgegangen ist, haben im gemeinen Rechte zu den verschiedenartigsten Ansichten über den prozessualischen Charakter desselben geführt. Und wenn auch die meisten dieser Ansichten für das Reichsrecht nur noch ein untergeordnetes Interesse haben, so erscheint doch eine kurze Besprechung derselben schon um desswillen angezeigt, weil dies eine Förderung des richtigen Verständnisses der modernen Urheberbenennung erhoffen lässt, und weil überdies die eine oder andere Auffassung des gemeinen Rechtes auch unter den Interpreten der R.C.P.O. Anhänger und Vertheidiger gefunden hat.

In der gemeinrechtlichen Litteratur findet man nun die laudatio auctoris bald als eine Läugnung des Klaggrundes, — exceptio deficientis legitimationis ad causam bezeichnet, — bald als confessio, bald als Einrede, bald als prozesshindernde Einrede, bald als eine „Mischung von Geständniss, Verneinung und Einrede, bald als Streitverkündung, oder doch als eine „eigenthümliche Gestalt der litis denuntiatio".

Es sei mir gestattet, zunächst meine Bedenken gegen diese Theorien vorzubringen, um dann positiv das darzustellen, was ich für das richtige halte.

Bezüglich der Charakterisirung der Nomination als einer Läugnung des Klaggrundes kann ich einfach auf das oben zur Auslegung der L. 9 D. 6, 1 Gesagte verweisen. Muss dieser Stelle zufolge der Besitzer in fremdem Namen der Eigenthumsklage gegenüber als der rechte Beklagte angesehen werden,

so versteht es sich von selbst, dass in seiner Erklärung, er besitze die Sache im Namen des X., keine Läugnung des Klagefundamentes gefunden werden kann. Wäre übrigens nur der juristische Besitzer bei der Vindikation passiv legitimirt, so müsste für den beklagten Detentor die Erklärung genügen, dass ihm der animus rem sibi habendi fehle. Unhaltbar ist die Ansicht Mittermaier's,[20]) dass die Angabe des Auktors nur „Folge der nothwendigen Vollständigkeit der Erzählung" sei; denn so wenig der auf Rückgabe eines Darlehens Verklagte, wenn er den Empfang desselben bestreitet, den wirklichen Darlehensnehmer namhaft zu machen braucht, ebensowenig lässt sich eine Verpflichtung des zur Sache nicht legitimirten Vindikaten, seinen dominus zu benennen, konstruiren. Um nun aber doch der Konstitution vom Jahre 331 irgend einen Sinn beizulegen, mussten die Anhänger der in Rede stehenden Theorie die Verordnung Konstantins für einen zu Gunsten des Klägers eingeführten „widerrechtlichen Zwang" des Beklagten, also für eine Verpflichtung zur Erleichterung der gegnerischen Prozessführung erklären — eine Auffassung, die bereits im vorhergehenden Paragraphen von der Hand gewiesen wurde. — Dass aber die Bestimmungen der Kodexstelle nicht etwa ein Aufgeben der Ulpian'schen Theorie und eine Rückkehr zu der Lehrmeinung des Pegasus bedeuten — wie Wirsing[21]) aus der Fassung: „debet . . . nominare" folgert, — dürfte unzweifelhaft noch aus folgenden Erwägungen hervorgehen: Der Satz, dass jeder Inhaber einer Sache ohne Rücksicht auf seinen Besitzwillen dem Vindikationsanspruche hafte, ist kein willkürlicher; er ist auch nicht lediglich praktischen Bedürfnissen entsprungen, er ist vielmehr Ausfluss eines Prinzips, er ist die logische Konsequenz des Grundsatzes

---

[20]) a. a. O. § 6 S. 413/415. Wenn Mittermaier S. 402 (§ 3) die Behauptung aufstellt, durch die L. 2 C. sei nur das bis dahin schon gebräuchliche „mit den interrogationes in jure aber zusammenhängende, erst von einer bestimmten Frage des Klägers abhängige Verfahren bestimmter, und dem neuen Verfahren anpassender vorgeschrieben" worden, so findet diese Behauptung in dem oben Note 1 Gesagten ihre Widerlegung.

[21]) a. a. O. § 4 S. 35.

von der Dinglichkeit des Eigenthumsrechtes, das jeden überwinden muss, der es verletzt, und dessen Verwirklichung daher in dem mangelnden Besitzwillen des faktischen Inhabers der Sache keine Schranke finden darf. Ein Fallenlassen dieses von Ulpian zum Ausdruck gebrachten Gedankens wäre ein bedenklicher Rückschritt, ein durch nichts zu rechtfertigender Eingriff in ein auf gesunder Grundlage beruhendes, folgerichtig ausgebautes System gewesen.

Man hat nun im geraden Gegensatze zu der eben besprochenen Auffassung die nominatio auctoris als eine Art von confessio, eine Art Geständniss bezeichnet,[22]) ist aber auch damit zu keinem befriedigenderen Resultate gelangt. Mit Recht hält Wirsing[23]) dieser Ansicht den Fall entgegen, dass der Detentor in der Klage als juristischer Besitzer aufgeführt wird. Die Erklärung des Inhabers, dass er blosser Naturalbesitzer sei, enthält hier nichts weniger als ein Zugeständniss. Namentlich aber übersieht die Fritz'sche Theorie vollständig, dass die Erklärung des Beklagten, er besitze alieno nomine, nur nebensächlichen, gewissermassen vorbereitenden Charakter besitzt, dass dagegen der Schwerpunkt, das ausschlaggebende Moment bei der Erwiderung des nominirenden Detentors eben in der Nomination, in der Benennung seines Auktors liegt. Dieses Vorbringen hat aber mit einem Geständnisse nicht einmal Aehnlichkeit, und findet deshalb durch die Auffassung von Fritz keine Erklärung.

In dem Bestreben, dem zuletzt angedeuteten Bedürfnisse gerecht zu werden, und jedem Bestandtheile des beklagtischen Vorbringens eine spezifische Bedeutung beizulegen, gelangt Gensler[24]) zu einer Theilung der nominatio auctoris in drei Behauptungen: 1) „Ich besitze"; 2) „ich besitze nicht"; 3) „ich habe die Qualität eines Pächters des N.", — also zu einer „Mischung von Geständniss, Verneinung und Einrede". Hier-

[22]) So Fritz, „Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wening-Ingenheim's Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Bd. I S. 296 ff.

[23]) a. a. O. § 4 S. 42.

[24]) Einige Worte über die laud. sive nom. auct. im Archiv f. d. civilistische Praxis Bd. III S. 421 ff.

auf ist zunächst zu erwidern, dass Kläger bei der Vindikation zur Herstellung der Passivlegitimation des Beklagten nur zu behaupten braucht, und kluger Weise regelmässig auch nur behaupten wird, dass Beklagter besitzt, ohne der Qualität des Besitzes Erwähnung zu thun. Wendet nun Beklagter ein, dass er Pächter des N. sei, — um an diesem Beispiele festzuhalten, so kann von einer Bestreitung oder Verneinung keine Rede sein, und es scheidet damit der zweite Punkt der Gensler'schen Eintheilung aus. Allein ganz abgesehen hiervon, sowie von dem Widerspruche, der darin liegt, den Beklagten in einem Atemzuge sagen zu lassen, dass er besitze, insofern er die Sache detinire, und dass er nicht besitze, nämlich nicht als juristischer Besitzer, — so ist auch eine derartige Zerlegung völlig entbehrlich, denn es kommt bei der Nomination lediglich auf die Angabe des Beklagten an, dass er Pächter des N. sei. — Dieses Vorbringen wird nun von Gensler und der überwiegenden Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller als Einrede bezeichnet, und man spricht demgemäss von einer „exceptio nominationis", einer „Einrede der Nomination". Erst in der letzten Zeit der Herrschaft des gemeinen Prozesses wurde diese Lehre namentlich von Emminghaus[25]) und Bolgiano[26]) energisch bekämpft, und zwar, wie ich glaube, mit durchschlagenden Gründen.

Man mag den Begriff der „Einrede" im einzelnen noch so verschiedenartig definiren, ihm eine Fassung geben so weit oder so eng man will, — darüber kann kein Zweifel sein, dass der Beklagte vermittels der Einrede Behauptungen, Thatsachen geltend macht, welche entweder den klägerischen Anspruch selbst entkräften oder hemmen, oder doch die klageweise Verfolgung des Anspruches zur Zeit oder für immer verhindern, also Thatsachen, welche eine Abweisung der Klage

---

[25]) a. a. O. § 4 S. 443 und 444.

[26]) Handbuch S. 255, 258, 259; — Gesammelte Abhandlungen I pag. 4 ff.; — „Zur Lehre von den prozessdilatorischen und prozesshindernden Einreden" im Archiv f. d. civilistische Praxis Bd. 76 N. F. 26 S. 319 ff. — Auch Renaud (Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozessrechts § 51 Anmk. 6) und Wetzell (System 3. Aufl. § 7 Anmk. 42) sprechen der laud. auct. den Charakter einer Einrede ab.

bezwecken, — sei es für jetzt, sei es endgültig, aus Gründen des materiellen-, oder des Prozessrechts, — Thatsachen, die der Beklagte im Bestreitungsfalle zu erweisen hat.[27]) Nichts von alledem trifft bei der Nomination zu. Hier erstrebt der Beklagte keine Zurückweisung des Klägers, er will überhaupt keinen Streit führen, sondern den Prozess von sich ablenken, er will nicht durch Kampf zum Siege gelangen, sondern dem drohenden Kampfe entgehen. Darum tritt der Beklagte, der seinen Urheber benennt, wenigstens nach römischem Rechte, ohne Urtheil aus dem Prozesse, darum braucht er, wie Emminghaus mit Recht hervorhebt, „weder irgend einen Beweis zu führen, noch auch nur einen bestimmt formulirten Antrag zu stellen". Das letztere wird allerdings von Mittermaier[28]) und Gensler[29]) aufs entschiedenste bestritten. Ersterer will einen Präjudizialstreit zwischen Kläger, Nominant und Nominat über die Frage geführt wissen, „wer der rechte Beklagte ist", und zwar selbst dann, wenn Kläger zugibt, dass der Benannte der wahre Besitzer sei. — Gensler verwirft zwar mit Recht den Präjudizialstreit zwischen Kläger und Nominat, verlangt aber von dem Nominanten einen „schleunigen und klaren Beweis der exceptio tertii possessoris", und bezeichnet es als „Gewalt und Justizverweigerung" ... „dem Kläger einen Gegner aufzudrängen, den er nicht mag, oder von einem gewählten Gegner zu verjagen, den er nicht fahren lassen will". „Selbst wenn der Nominat ... aus vollem Halse riefe: Ich bin der Civilbesitzer, ich biete mich als Gegner des Klägers dar, wider mich wende er diese oder eine neue Klage! — würde der Kläger ohne einen von Seiten des Beklagten mit dieser Erklärung verbundenen schleunigen und klaren Beweis erwiedern dürfen: Ich glaube diesem Zeugen in eigener Sache nicht, mit ihm habe ich nichts zu schaffen, sondern nur mit dem von mir gewählten Beklagten ..."

[27]) Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. I § 47; — Dernburg, Pandekten Bd. I § 137; — Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts Bd. I § 9.

[28]) a. a. O. § 7 S. 415 ff.

[29]) a. a. O. § 4c; S. 425; 437 ff.

Die Ansicht Mittermaier's muss um so sonderbarer erscheinen, als derselbe die L. 2 C. schon an sich für einen „widerrechtlichen Zwang" des Beklagten hält. Da sollte man denn doch meinen, es könne bei der blossen Nomination sein Bewenden haben, und es dürfte dem Beklagten nicht auch noch der weit lästigere Zwang auferlegt werden, die Richtigkeit der Benennung in einem Präjudizialstreite darzuthun. Was vollends ein derartiger Streit, und eine richterliche Entscheidung dann noch für einen Zweck haben soll, wenn Kläger den Nominaten als den wahren Besitzer anerkennt, bleibt unerfindlich. Hier fehlt es an jedem Anlass zum Streite; und man fragt vergebens, wer wohl noch ein Interesse am Präjudizialstreite und an der richterlichen Entscheidung haben könnte. Der Richter doch ganz gewiss nicht, und unter den Parteien fehlt es ja an widerstreitenden Behauptungen, der notwendigen Voraussetzung jedes Certirens. — Den Ausführungen Gensler's ist einfach der Wortlaut des Gesetzes entgegenzuhalten, der es dem Beklagten unter gewissen Voraussetzungen gestattet, den Kläger an seinen Auktor zu verweisen; eine Anwendung gesetzlicher Bestimmungen kann aber weder Gewalt noch Justizverweigerung sein. — Und wie denkt sich übrigens Gensler den verlangten „schleunigen und klaren Beweis"? Seines besten Beweismittels ist Beklagter verlustig, denn der Auktor ist „Zeuge in eigener Sache"; ob sich sonst ein Zeuge findet, ist höchst fraglich, denn der Besitzwille ist ein factum internum und als solches kaum nachzuweisen. Da liegt denn der Fall sehr nahe, dass dem Beklagten sein Recht auf Befreiung vom Prozesse genommen wird, und der Benannte hat die beste Gelegenheit, zuzusehen, wie der Prozess infolge unverschuldet mangelhafter Prozessführung seitens des Beklagten verloren geht. Angesichts der oft schwierigen und langwierigen Beweisführung würde es der beklagte Detentor in vielen Fällen vorziehen, die Nomination ganz zu unterlassen, und lieber gleich den Prozess aufzunehmen und durchzuführen. Dem Beklagten einen Beweis für seine Behauptung, dass er Pächter des X sei, aufzuerlegen, heisst ihm sein gutes Recht verkümmern, und die Möglichkeit der Prozessabwälzung in vielen Fällen in weite Ferne rücken. Die L. 2 C. spricht

weder von einem Präjudizialstreit, noch von einem „schleunigen und klaren Beweis“, und dieses Schweigen ist unter den obwaltenden Umständen ein absichtliches, und im Hinblick auf Sinn und Zweck der Gesetzesstelle ein wohlbegründetes und gerechtfertigtes. In der That ist denn auch das Interesse des Klägers an einem Beweis der Nominationsbehauptungen bei weitem nicht so erheblich, wie man vielfach anzunehmen scheint. Es ist allerdings denkbar, dass der Nominant doloser Weise einen anderen als seinen Urheber bezeichnet, und dass dieser den Prozess übernimmt, indem er sich dem Kläger gegenüber als dominus possessionis gerirt. Allein in diesem Falle wird der Nominant dem Kläger für alle aus seiner arglistigen Handlungsweise entstehenden Nachteile verantwortlich, der Laudat dagegen haftet als fictus possessor, qui liti sese obtulit, auf das volle Interesse, und dem Kläger bleibt überdies noch die Möglichkeit, die angesprochene Sache von dem wahren juristischen Besitzer zu vindiziren. Nennt aber der Beklagte seinen wahren dominus, so wird es dem Kläger in sehr vielen Fällen erwünscht sein, den Rechtsstreit mit dem ebenbürtigen Gegner zum Austrag bringen zu können, da dann sein etwaiges Obsiegen ein endgültiges sein wird, während ihm der Sieg über den blossen Naturalbesitzer durch eine nachfolgende Klage des Civilbesitzers streitig gemacht werden könnte. Leistet aber Nominat der Aufforderung zum Eintritt in den Rechtsstreit keine Folge, so erlangt Kläger ohne Nachweis seines Rechtes alsbald den Besitz, und damit die günstigere Position in dem zu erwartenden Vindikationsstreite mit dem Nominaten.

Die vorstehenden Ausführungen dürften die Begriffsbestimmung der Laudatio auctoris als einer Einrede als unhaltbar erscheinen lassen. Welcher Kategorie von Einreden — so muss man schliesslich fragen — sollte denn auch die Nomination zugezählt werden? Den Prozesseinreden? Aber sie hat mit den Prozessvoraussetzungen nichts zu schaffen, und lässt die Art und Weise der Prozessführung unbeanstandet; — oder den materiellrechtlichen, den Anspruch selbst betreffenden Einreden? — Noch weniger, denn der Beklagte geht ja, indem er seinen Auktor benennt, jeder Er-

örterung über die Anspruchsberechtigung geflissentlich aus dem Wege.

Die nominatio auctoris ist also keine Einrede, sie ist namentlich keine forideklinatorische,[30]) keine prozesshindernde Einrede, so ähnlich sie dieser Kategorie von Einreden auch sein mag. Es kann für das Verständniss einer Prozessinstitution nur förderlich sein, die Berührungspunkte mit anderen Rechtserscheinungen aufzusuchen; dem muss aber, soll es nicht zu unheilvoller Verwirrung verschiedenartiger Begriffe kommen, auf der anderen Seite eine scharfe Hervorkehrung der Gegensätze entsprechen. Gemeinsam ist der laudatio auctoris mit den processhindernden Einreden des gemeinen Rechtes, dass sie vor der Einlassung auf die Klage vorgeschützt werden muss, und dass sie den Nominanten vorerst von der Litiskontestation befreit. Dagegen entzieht sich der seinen Urheber benennende Beklagte dem Prozessrechtsgeschäfte nicht wie bei den Forideklinatorien um desswillen, weil er das Fehlen einer prozessualischen Vorbedingung rügt,[31]) sondern weil er, ohne auf diese Frage einzugehen, den ihm lästigen Rechtsstreit auf den allein, oder doch hauptsächlich Interessirten, nämlich seinen Auktor, ablenken will. Und diese Nomination führt, wiederum im Gegensatze zu den gerichtsablehnenden Einreden, zu keiner Verhandlung, keiner Beweisaufnahme, keiner Entscheidung.

Wenn Kannengiesser[32]) die gemeinrechtliche Auffassung der nominatio auctoris als einer prozesshindernden Einrede entschieden zurückweist, so steht dies vollkommen im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht. Wenn dieser Schriftsteller weiter den Grund zu dieser verkehrten Anschauung in dem „Einflusse lombardischer Rechtsideen auf die erblühende romanistische Wissenschaft bei Beginn des zwölften Jahrhunderts“,

[30]) Wie Wirsing (a. a. O. § 5 S. 46) und viele Andere behaupten.

[31]) Dass der kanonische und, diesem folgend, der gemeine Prozess, auch einigen materiell-rechtlichen Einreden prozesshindernden Charakter beigelegt hat (sog. exceptiones peremtoriae in vim dilatoriarum) bleibt hier ausser Betracht.

[32]) Die prozesshindernde Einrede, ein Beitrag zur Lehre von der nominatio auctoris. Leipzig 1878.

speciell in der ungerechtfertigten Herübernahme des mit der Eigenart der lombardischrechtlichen Vindikation und Kontravindikation in engstem Zusammenhange stehenden Einwandes: „non debes mecum placitare“, dessen sich der mit der Eigenthumsklage belangte Detentor zwecks Bestreitung seiner Passivlegitimation zu bedienen hatte, erblickt, so dürfte diesen Untersuchungen der Erfolg nicht abzusprechen sein. Wenn dann aber Kannengiesser jede Verwandtschaft der nominatio auctoris mit den prozesshindernden Einreden negirt, insbesondere der Nomination keinen Suspensiveffekt bezüglich der Einlassung auf die Klage zugesteht, wenn er vielmehr die Benennung des Auktors nur für eine „Anwendungsform der Streitverkündung“ erklärt,[33]) ja geradezu von einer „Einheit zwischen Litisdenuntiation und Nomination“ spricht,[34]) so muss gegen eine solche Auffassung aus bereits angeführten und alsbald noch anzuführenden Gründen aufs bestimmteste Stellung genommen werden. 1) Zunächst wird man wohl fragen müssen, was denn der Gesetzgeber für einen Grund gehabt hätte, in der Konstitution vom Jahre 331 ganz detaillirte Vorschriften zu geben, wenn er lediglich eine Anwendungsform der bereits bekannten Litisdenunziation schaffen wollte? Für diesen Fall hätte es genügt, einfach zu verordnen: Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet auctori denuntiare (auctorem laudare, certiorem facere).[35])

Dass das „dominum nominare“ der Verordnung „statim“ und „in judicio“ zu erfolgen hat, namentlich aber, dass die Benachrichtigung des Auktors im Gegensatz zu der sich als reine Parteihandlung qualifizirenden Streitverkündung durch den Richter geschieht, sind schon bemerkenswerthe Unterschiede. 2) Die weitere Bestimmung, dass der Nominat innerhalb einer richterlich festzusetzenden Frist an dem Orte der belegenen Sache, woselbst, wie vorausgesetzt wird, der Rechtsstreit anhängig ist, erscheinen soll, „sive in eadem civitate degat, sive in agro, sive in alia provincia sit“ — muss den

[33]) a. a. O. § 1 S. 9.

[34]) a. a. O. § 1 S. 11.

[35]) Vgl. die oben in Note 4 am Ende angezogenen Stellen.

Anhängern der Litisdenuntiationstheorie als etwas völlig selbstverständliches, und darum überflüssiges erscheinen. Denn es bedarf wahrlich keines gesetzlichen Ausspruches, dass der Litisdenuntiat, einerlei, wo er sein Domizil hat, einem Rechtsstreite als Intervenient nur da beitreten kann, wo der Rechtsstreit vor Gericht geführt wird. Diese Bestimmung, namentlich die mit Nachdruck hervorgehobene Gleichstellung des am Gerichtssitze wohnhaften Nominaten mit dem in einer anderen Provinz domizilirten erhält eine Bedeutung nur bei der Annahme, dass der Nominat zur Uebernahme des Prozesses als Partei gerufen wird; denn dass sich der dominus possessionis zu einer Zeit, wo das forum rei sitae noch nicht eingeführt war, in einer anderen Provinz, also bei einem ihm nicht zuständigen Gerichte auf einen Prozess um sein Eigentum einlassen sollte, das muss als eine Neuerung von weittragender Bedeutung angesehen werden, und war daher im Gesetze besonders auszusprechen. 3) Die in der L. 2 C. angeordnete nochmalige richterliche Citation des Nominaten für den Fall, dass derselbe der ersten Aufforderung nicht nachgekommen ist, und die beim abermaligen Ausbleiben erfolgende Besitzeinweisung des Klägers sind dem Institute der Streitverkündung gänzlich fremd. 4) Wäre das durch Konstantins Verordnung geregelte Verfahren in der That weiter nichts als eine Streitverkündung, so hätte die Nomination selbstverständlich keinen Einfluss auf den Gang des Prozesses, und der Beklagte wäre verpflichtet, sich auf die Klage einzulassen, und den Prozess bis zum Erscheinen des Auktors allein zu führen. Nehmen wir nun den Fall an, dass der Nominat infolge weiter Entfernung vom Orte des Gerichtes erst mit Ablauf der zweiten ihm gesetzten Frist an dem Gerichtssitze eintrifft, so findet er den Prozess möglicherweise in einem schon weit vorgerückten Stadium vor, er ist vielleicht mit wichtigen Rechtsbehelfen präkludirt, und nicht mehr im Stande, eine ungünstige Entscheidung abzuwenden. Erstaunt wird er dann sich und dem Richter die Frage vorlegen, was wohl der Gesetzgeber gemeint haben möchte, als er die ihm gewährte Frist als ein „indultum tempus“ bezeichnete, und wo er denn die besondere „humanitas“, von der die Lex 2 C. spricht, zu suchen habe.

Das Achselzucken des Richters, und der Hinweis auf die Identität zwischen Litisdenuntiation und Nomination wird ihm nur schwachen Trost bereiten. 5) Man wird mir vielleicht entgegenhalten, dass alle diese Argumente für die Verschiedenheit der beiden Rechtsinstitute mehr oder weniger äusserliche, zumeist dem Wortlaute der L. 2. C. entnommene sind. In der That liegt denn auch der wahre Grund tiefer, er liegt in der Verschiedenheit der Bedürfnisse, deren Befriedigung die Streitverkündung einerseits, die Nomination andrerseits dienen soll. Eine gewisse Analogie ist auch hier nicht zu verkennen. Bei dem Käufer im Evictionsstreite sowohl wie bei dem mit einer dinglichen Klage belangten Detentor macht sich das Verlangen nach prozessualer Unterstützung durch den Auktor geltend; und dieser hinwiederum hat im einen wie im anderen Falle wegen des drohenden Entschädigungsanspruches ein Interesse daran, dem Rechtsstreite beizutreten. Aber während der Käufer im Eviktionsprozesse sein eigenes Recht an der Sache, sein Eigenthum vertheidigt, und daher von dem meist besser mit den einschlägigen Verhältnissen vertrauten Verkäufer nur Unterstützung in der Defension, beileibe aber nicht gänzliche Uebernahme derselben verlangt, — schützt der Detentor im Vindikationsprozesse, wie bereits früher eingehend dargestellt, einen fremden Besitzstand, fremdes Eigenthum, in Vergleich zu welchem sein Recht an der Sache, sofern ihm ein solches überhaupt zusteht, wesentlich untergeordneter Natur ist. Demgemäss erstrebt er mehr als blosse Assistenz des dominus, er will des Rechtsstreites gänzlich enthoben sein und denselben auf den Auktor ablenken. Diesen verschieden gearteten Bedürfnissen des auf Herausgabe der Sache beklagten Käufers und des Naturalbesitzers stehen entsprechende Bedürfnisse des Verkäufers und des dominus possessionis gegenüber. Für den ersteren ist wie der Gegenstand des Prozesses, so der Rechtsstreit selbst ein fremder, und der Ausgang desselben nur insofern von Interesse als der Successor, im Falle ihm die Sache entwehrt wird, seinen Regress gegen den Auktor nehmen wird. Ganz anders die Situation des dominus possessionis. Die bei dem Detentor vindizirte Sache spricht er als sein Eigentum an; siegt der Naturalbesitzer, so

siegt er, unterliegt derselbe, so geht sein eigener Besitz verloren, und er ist nunmehr genötigt, sein Recht im Klagewege zu verfolgen. Also nicht „ganz analoge", sondern ganz verschiedenartige Bedürfnisse in beiden Fällen. Das Mittel, das der durch die Evictionsklage hervorgerufenen Situation gerecht zu werden vermochte, war um desswillen nicht auch schon geeignet, den Interessen des auf Restitution beklagten Naturalbesitzers und seines dominus zu dienen. Wortlaut und Sinn der Konstantin'schen Verordnung lassen keinen Zweifel darüber, dass man diese Verschiedenartigkeit der Bedürfnisse erkannt hatte, und dass man, der Eigenart derselben Rechnung tragend, ein über die Grenzen blosser Streitverkündung hinausgehendes Prozessrechtsinstitut schaffen wollte; dies konnte aber nicht geschehen, ohne den bei der Streitverkündung geltenden Grundsatz von der „Unveränderlichkeit der Parteisubjekte" zu verlassen, und der nominatio auctoris, speziell dem Prozessbeitritte des Benannten eine Wirkung beizulegen, die gegenüber dem seitherigen Prozessrechte als eine bedeutsame Neuerung erscheinen musste, — den Wechsel der Parteisubjekte in der Beklagtenrolle. Im Interesse des logischen Zusammenhanges der Darstellung muss ich es mir versagen, diesen Gedanken hier weiter zu verfolgen, und die Unrichtigkeit der auf der Identifizirung von Streitverkündung und Nomination basirenden Annahme, dass der Grundsatz von der „Unveränderlichkeit der Parteisubjekte" auch für die Nomination beibehalten sei,[35]) des näheren darzuthun. In § 7 wird auf dies alles zurückzukommen sein. —

Das Ergebniss der vorstehenden Untersuchungen ist zunächst ein negatives: Die Erkenntniss, dass die durch Konstantins Verordnung eingeführte Benennung des Auktors keiner der damals bereits bekannten Kategorien von Rechtsbegriffen unterzuordnen ist, und dass die Nomination auch mit späterhin

---

[35]) Kannengiesser a. a. O. S. 12; auch Wetzell (System 3. Aufl. § 7 Z. 3, welcher die Nomination als eine „eigenthümliche Gestalt" der litis denuntiatio definirt, hält den Nominanten nach Beitritt des Auktors für das „eigentliche Prozesssubjekt". — Renaud bedient sich zwar gleichfalls dieser Definition, nimmt jedoch eine Singularsuccession in die Rolle des Beklagten an (Lehrbuch § 51 S. 112). Hierüber unten.

erst ausgebildeten Begriffen, so namentlich mit den foridekli-natorischen Einreden des gemeinen Prozessrechtes höchstens einzelne Berührungspunkte hat. Mit dieser Erkenntniss ist aber gleichzeitig ein positives Resultat gewonnen, die Thatsache nämlich, dass durch die Verordnung vom Jahre 331 ein neues, eigenartiges Prozessinstitut[37]) geschaffen wurde, und dass dasselbe seinen besonderen Charakter auch im gemeinen Prozess bewahrt hat, oder — besser gesagt — bei richtiger Auslegung hätte bewahren müssen. Neu und eigenartig war dieses Institut, denn nie vorher war es dem Beklagten gestattet, dem Kläger, der eine richtige Klage angestellt hatte, statt sich auf die Klage einzulassen, einfach zu erwidern: Ich bin Detentor des X, und durch diese blosse Benennung seines Auktors — ohne Beweis und Glaubhaftmachung — die Citation des Benannten und seine Befreiung vom Prozesse herbeizuführen. Musste bereits die Entstehungsgeschichte der Konstantin'schen Verordnung und die Erkenntniss der Bedürfnisse, deren Befriedigung dieselbe dienen sollte, zu der Ueberzeugung führen, dass die nominatio auctoris eine dem beklagten Detentor gewährte Vergünstigung ist, indem sie ihm die Möglichkeit gibt, einem unbequemen Prozesse zu entgehen, so muss dementsprechend hier, wo es sich um Bestimmung der prozessualen Natur dieses Institutes handelt, als oberstes Prinzip der Satz aufgestellt werden, dass die Nomination ein prozessuales Recht des Beklagten ist, keineswegs aber die Erfüllung einer Pflicht gegen den Kläger.[38]) Sie ist ein eigenartiger Rechtsbehelf, dessen Gebrauch den mit einer dinglichen Klage belangten Naturalbesitzer einer unbeweglichen Sache von dem Prozesse befreit, und die Verhandlung über die erhobene Klage

[37]) Bolgiano, Ges. Abhandlungen I S. 4.

[38]) Mit Recht sagt Vangerow (a. a. O. § 332 Anmk. 3 I): „Dass man meistens diese verschiedenen Beziehungen, die bei der laudatio auctoris in Betracht kommen, nicht gehörig unterscheidet, sondern auch dem Vindikanten gegenüber eine Verbindlichkeit des Detentor anzunehmen pflegt, ist der Hauptgrund, aus welchem so viele (z. B. auch Wirsing) sich in dieses an und für sich sehr einfache Rechtsverhältniss nicht zu finden wissen." — Vgl. auch Erk. des O.A.G. zu Jena vom 8. Januar 1835 (Seuffert's Archiv Bd. XIV No. 249).

zwischen dem Kläger und dem benannten Auktor ermöglicht. — Aus dem Grundsatze, dass die Benennung des Auktors im Verhältniss des Beklagten zum Kläger nur Recht, niemals Pflicht ist, in Verbindung mit dem früher gewonnenen Resultate, dass der Besitzer im fremden Namen vor wie nach Konstantin's Verordnung bei dinglichen Klagen der rechte Beklagte ist, ergibt sich ohne weiteres die Unrichtigkeit der in der gemeinrechtlichen Litteratur so häufig[39]) anzutreffenden Behauptung, dass der Detentor im Falle der Unterlassung oder verspäteten Vornahme der Nomination als fictus possessor zu behandeln sei. Ob und inwieweit der Detentor wegen Versäumung der Urheberbenennung seinem Auktor verantwortlich wird, ist eine Frage für sich, die in anderem Zusammenhange behandelt werden wird. —

Die neueren Prozessgesetze und Gesetzentwürfe stehen fast sämmtlich unter dem Banne der einen oder anderen jener irrigen Anschauungen, die sich im gemeinen Rechte über Wesen und prozessuale Natur der nominatio auctoris ausgebildet hatten. Hierdurch erhielt die Nomination mitunter eine Gestalt, die mit dem römischen Vorbilde nur noch den Namen gemeinsam hat. Die Fürstl.-Hessische Pr.O. von 1724 spricht in Tit. IV. § 14. von einer exceptio nominationis vel laudationis Autoris, und verlangt, dass „das vorgeschützte interesse alienum wenigstens summarisch beschienen" werde; die Würtembergische C.P.O. führt in Art. 344 bei Aufzählung der prozesshindernden Einreden unter Ziffer 7 die „Nennung des wahren Besitzers" an, eine Bezeichnung, die schon um desswillen nicht gerechtfertigt erscheint, weil es zu keiner eigentlichen Beweisaufnahme kommt, sondern der Benannte nur zur Erklärung über die Behauptung des Beklagten aufgefordert wird (Art. 108 Abs. 1). Völlig unverträglich mit dem Wesen der prozesshindernden Einrede ist aber die Bestimmung des Art. 108 Abs. 2, dass der Kläger, auch wenn der Benannte die Nominationsbehauptungen als richtig anerkennt, den Rechtsstreit gegen den ursprünglichen Beklagten

---

[39]) So z. B. Glück (a. a. O. Bd. VIII S. 199); Wirsing (§ 5 S. 47 a. a. O.).

fortsetzen, also durch seinen blossen Widerspruch dem Vorbringen des Beklagten jeden Effekt nehmen, namentlich eine Entbindung desselben von der Klage vereiteln kann. Die weitgehendsten Abweichungen von den römischrechtlichen Grundsätzen weist die Preussische Allg. Ger.-Ordnung auf; dieselbe verpflichtet in Teil I. Tit. 17 § 34 den als Besitzer einer beweglichen oder unbeweglichen Sache in Anspruch genommenen alieno nomine possidens zur Nennung seines Auktors. Dass aber diese Pflicht auch dem Kläger gegenüber besteht, geht aus § 35 hervor, denn hier wird der Beklagte, wenn er sich auf die Klage einlässt und den Prozess verliert, ja selbst dann, wenn er in contumaciam gegen sich verfahren lässt, „dem Kläger wegen aller Kosten, und des aus dem Verzuge entstehenden Interesse verantwortlich" gemacht. Daneben erlangt gemäss § 41. l. c. die Nomination unter Umständen den Charakter einer Einrede. Wenn sich nämlich der Kläger die Verweisung an den Nominaten nicht gefallen lassen will, „so muss die geschehene Nomination mit zum Instruktionstermine verwiesen, in diesem Termine aber mit deren nähern Auseinandersetzung der Anfang gemacht, und dabei ebenso wie Tit. X. wegen der Exceptionum litis finitae vorgeschrieben ist, verfahren werden."[40])

Im Gegensatze zur A.G.O. wird seit der Hannöver'schen C.P.O. von 1850[41]) in sämmtlichen hier zur Besprechung gelangenden Prozessgesetzen und -Entwürfen die Benennung des

---

[40]) Das heisst, es war gemäss Vorschrift des Tit. X §§ 60 ff. nunmehr über die Nomination und die Hauptsache zu verhandeln, und zwar über beide gleichzeitig, „wenn Hauptsache und exceptio in Rücksicht der Zeit und Kosten der bei beiden erforderlichen Instruktion ungefähr in gleichem Verhältnisse stehen" (§ 60), oder zuvor über die Hauptsache, wenn diese „leicht auszumitteln" ist (§ 64), oder zunächst über die Nomination, wenn „die Instruktion der Hauptsache weitläuftig, verwickelt und kostbar, die Erörterung der Exception hingegen kurz, und ohne sonderlichen Aufenthalt und Kosten zu bewirken ist" (§ 68). Es hatte sonach die Verhandlung über die Berechtigung zur Nomination gegebenen Falls gleichzeitig mit derjenigen zur Hauptsache zu geschehen, ja unter Umständen dieser erst nachzufolgen — ein bedenklicher Missgriff.

[41]) Vgl. namentlich die Leonhardt'sche Ausgabe (IV. Aufl. Hannover 1867) Note 2 zu § 40.

Auktors als ein dem Beklagten gegen den Kläger zustehendes Recht, nicht als eine Verpflichtung gedacht. So auch Art. 74 der Pr.O. für Bayern, welche jedoch der Nomination gleichzeitig Charakter und Wirkung einer Bestreitung des Klagegrundes verleiht. Denn wenn Kläger die Behauptung des Beklagten vor oder nach der Erklärung des Nominaten als richtig anerkennt, so erfolgt keine translatio judicii auf den Auktor, sondern Beklagter ist von der Klage zu entbinden (Art. 77.), während andernfalls der Kläger, auch wenn sich der Benannte als juristischer Besitzer bekennt, gegen den Beklagten weiter prozessiren kann, dann aber den Nachweis erbringen muss, dass dieser im eigenen Namen besitzt (Art. 76). — Dem Wesen der Exzeption in dem oben angedeuteten Sinne kommt die von der badischen Pr.O. und dem hessischen Entwurfe ausgebildete prozessuale Natur der Urheberbenennung sehr nahe. Auch hier führt die Nomination, wenn der Benannte die Richtigkeit derselben einräumt und „Kläger die Rechtmässigkeit der Sache", — oder „der Benennung", wie der hess. E. präziser sich ausdrückt — „nicht bestreitet", direkt zur Entbindung des Nominanten von der Klage, ohne dass ein Eintritt des Auktors in den anhängigen Rechtsstreit möglich wäre. — Der Fall, dass eine derartige Bestreitung klägerischerseits erfolgt, ist in den betreffenden Gesetzen nicht geregelt; man wird aber annehmen müssen, dass durch solche Bestreitung der Beklagte genöthigt wurde, den Beweis für die Rechtmässigkeit der Nomination zu erbringen. (Bad. Pr.O. § 126; hess. E. Art. 118.) — In dem § 744 des Preussischen Entwurfes wird die laudatio auctoris als Streitverkündung aufgefasst, „der jedoch eigenthümliche Wirkungen beigelegt sind, so dass sie die Funktionen der Nomination nach preussischem und gemeinem Recht zu erfüllen vermag".[42]) Es findet keine Succession des Benannten in die Rolle des Beklagten statt, vielmehr ist der Kläger berechtigt, „nachträglich die Klage auch gegen den Dritten zu richten" (Ziffer 1 § 744.),

[42]) Motive zum Preuss. Entw. S. 189 (R. v. Decker'sche amtliche Handausgabe. Berlin 1864). — Die gemeinrechtliche Auffassung der Nomination als einer Einrede der mangelnden Passivlegitimation wird in den Motiven unter Hinweis auf Wetzell, System § 7 zurückgewiesen.

und wenn dies geschehen ist, „so ist der ursprüngliche Beklagte auf sein Verlangen durch Urtheil ausser Prozess zu setzen". (Ziffer 3 l. c.)

Diese Zusammenstellung dürfte einen ungefähren Ueberblick gegeben haben über die mannigfachen Abänderungen, welche die prozessuale Natur der römischen Nomination in den neueren Gesetzgebungswerken erfahren hat. Dass diese Abweichungen von den römischrechtlichen Bestimmungen nicht als Verbesserungen anzusehen sind, kann nach dem früher ausgeführten nicht zweifelhaft sein — und die Erkenntniss dieser Thatsache führte endlich dazu, mit den gemeinrechtlichen Anschauungen zu brechen, und zu der Auffassung des römischen Rechtes zurückzukehren. Als Abschluss dieses Läuterungsprozesses dürfen die Bestimmungen des § 113 des Norddeutschen Entwurfes, und die fast gleichlautenden Vorschriften des § 73 der Reichszivilprozessordnung bezeichnet werden. —

Wenn ich nunmehr den Nachweis für die Behauptung zu erbringen habe, dass die prozessuale Natur der nominatio auctoris im geltenden Rechte die gleiche ist, wie schon nach der L. 2 C. 3, 19, so ist diese Beweisführung in doppelter Hinsicht erleichtert: Einmal weil das zur Widerlegung gegentheiliger Auffassungen des gemeinen Rechtes oben Vorgebrachte auch hier in Betracht kommt, und einer Ergänzung nur insoweit bedarf, als sich für das heutige Recht neue Gesichtspunkte ergeben, — und zum anderen um desswillen, weil die klarere Fassung des § 73 der C.P.O. verschiedenen Controversen den Boden entzogen hat. — Dies letztere gilt namentlich von jenem im gemeinen Rechte so weitverbreiteten Irrthum, die Nomination vom Gesichtspunkte der Einrede der mangelnden Passivlegitimation zu betrachten. Der Ausspruch der Motive, dass „die Nomination lediglich in dem civilrechtlichen Verhältnisse des Beklagten zum Auktor beruht und die Frage nach der Passivlegitimation nicht berührt,[43]) ist ohne Widerspruch geblieben. Man nimmt vielmehr mit

[43]) Motive S. 428 Abs. 2; ebenso Norddeutsche Protokolle 30. Sitzung a. E. (Bd. I S. 170).

Recht heute allgemein an, dass die Nomination die Passivlegitimation als vorhanden voraussetzt, und dass sich der Beklagte beim Fehlen derselben auf die Rüge dieses Mangels beschränken, und direkt Klageabweisung beantragen kann. Die Theorie von Fritz (Geständniss) und die Gensler'sche Dreitheilung der Urheberbenennung in Geständniss, Verneinung und Einrede haben, soweit ich sehen kann, unter den modernen Schriftstellern keine Vertheidiger gefunden. Es würden übrigens diesen Theorien die oben vorgetragenen Bedenken selbstverständlich auch im heutigen Rechte entgegenstehen. — Das Bestreben, die Nomination an die Streitverkündung anzugliedern, ist auch in der Litteratur über das Reichsrecht zu beobachten. In den Motiven selbst wird nach Hervorhebung der legislativen Gesichtspunkte gesagt, zur Erreichung des angedeuteten Zieles „bedürften die Bestimmungen über die Streitverkündung einer Erweiterung.[44]) Petersen[45]) bezeichnet die Nomination als eine „besondere Art", Osterloh[46]) als einen „Fall" der Streitverkündung; Bolgiano[47]) nennt sie „eine uneigentliche oder erweiterte Streitverkündung". Von diesen Schriftstellern werden zwar die eigenthümlichen Wirkungen der Urheberbenennung wohl beachtet, und namentlich Bolgiano betont, dass der Nominant im Gegensatze zum Litisdenunzianten aus dem Prozesse ausscheidet; insofern besteht daher kein direkter Einwand gegen die fragliche Terminologie. Trotzdem erscheint dieselbe im Hinblick auf den nachtheiligen Einfluss, den die Angliederung der Nomination an die Streitverkündung auf das Verständniss der ersteren ausüben kann, und im gemeinen Rechte, wie gezeigt, thatsächlich ausgeübt hat, nicht empfehlenswerth. Die Gefahr einer völligen Identifizirung beider Institute ist allerdings schon durch den blossen Wortlaut des § 73 Abs. 1 C.P.O. ausgeschlossen, denn diesem zufolge ist die Streitverkündung nur ein Theil der äusseren Formen, in denen die Benennung des Auktors vorzunehmen ist.

---

[44]) Motive S. 427 unten.

[45]) Die prozesshindernden Einreden und deren Verhältniss zu anderen Einreden, Zeitschr. f. deutschen C.P. Bd. II S. 161 ff.

[46]) Zeitschr. f. deutschen C.P. Bd. III S. 43 ff.

[47]) Handbuch S. 247/248.

Ebensowenig wie die römischrechtliche nominatio auctoris kann die Urheberbenennung im heutigen Rechte als Einrede aufgefasst werden. Nach § 73 Abs. 1 braucht der Beklagte nur zu behaupten, dass er im Namen eines anderen besitzt, er hat nicht nöthig, seine Behauptung glaubhaft zu machen oder zu beweisen; es kommt zu gar keiner Verhandlung hierüber, einerlei ob Kläger die Behauptung für richtig hält oder nicht.[48]) — Hierüber ist man im wesentlichen einig.[49]) Wenn trotzdem die Urheberbenennung zuweilen als Einrede bezeichnet wird,[50]) so ist bei derartigen Begriffsbestimmungen offenbar nicht an eine Einrede im technischen Sinne gedacht. Auch der Umstand, dass der Beklagte heute im Falle der Prozessübernahme seitens des Benannten von der Klage entbunden werden kann, verleiht der Nomination nicht den Charakter einer Einrede. Denn abgesehen davon, dass es trotz stattgehabter Nomination unter Umständen zu gar keiner Entbindung des Beklagten von der Klage kommen kann, nämlich dann nicht, wenn der Benannte die Nominationsbehauptung bestreitet oder sich passiv verhält — ist auch nach erfolgter Succession des Auktors in die Beklagtenrolle die Entbindung nur auf Antrag des Beklagten auszusprechen, und das betreffende Urtheil hat, wie unten darzuthun, nur deklaratorische Bedeutung.

Die eingehendste Behandlung ist in der modernen Litteratur der Frage zu Theil geworden, ob die Benennung des Urhebers als prozesshindernde Einrede anzusehen sei, eine Frage, die für das heutige Recht noch bestimmter zu verneinen ist, als im gemeinen Prozess.[51]) Zu den bereits früher an-

[48]) Vgl. Bolgiano, Archiv für civilist. Praxis Bd. 76, N. F. Bd. 26 S. 319 ff.

[49]) Mit Unrecht behauptet Hellmann (Lehrbuch des deutschen C.P.R. für den akademischen und praktischen Gebrauch § 72 S. 432), der Beklagte könne „getrennte Verhandlung über die laudatio" verlangen. Dass übrigens Hellmann die Nomination trotzdem nicht für eine Einrede hält, geht daraus hervor, dass er in der a. a. O. § 51 S. 243 gegebenen Definition diese Bezeichnung vermeidet und den Ausdruck „Vertheidigung" wählt.

[50]) Vgl. z. B. v. Wilmowski und Levy, Anmk. 1; Gaupp, Anmk. 3.

[51]) Die Urheberbenennung „gewissermassen" als prozesshindernde Einrede zu bezeichnen (so Struckmann u. Koch, Kommentar, 2. Aufl. S. 59) vermag die Streitfrage nicht zu fördern.

geführten Gründen tritt hier der ausschlaggebende Umstand, dass der § 247 C.P.O. sagt: „Als solche (sc. prozesshindernde) Einreden sind nur anzusehen", — und dann sechs Einreden aufzählt, unter denen sich die Urheberbenennung nicht befindet. Die bestimmte Fassung dieses Paragraphen lässt keinen Zweifel darüber, dass die darin enthaltene Aufzählung der prozesshindernden Einreden exklusiv ist, das heisst, dass der Kreis dieser Rechtsbehelfe in § 247 fest abgegrenzt werden sollte. Andere, ausserhalb dieses Kreises stehende Vertheidigungsmittel können sonach wohl die eine oder andere Wirkung mit den prozesshindernden Einreden gemeinsam haben, auch durch die Form ihrer Geltendmachung diesen mehr oder weniger ähnlich sein, dies berechtigt aber nicht, sie auf eine Stufe mit den Einreden des § 247 zu stellen.[52]) Nun ist es nicht zu verkennen, dass gerade die Urheberbenennung grosse Aehnlichkeit mit den prozesshindernden Einreden hat, indem sie gleich diesen 1) vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen ist, 2) wenn form- und fristgerecht vorgebracht, den Nominanten berechtigt, bis zu einem gewissen Zeitpunkte die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. (§ 73 Abs. 1.) — Bolgiano war es, der in diesen beiden Punkten das charakteristische der prozesshindernden Einreden erblickte, und auf Grund hiervon zu der in mehreren seiner Schriften [53])

[52]) Vgl. Urtheile des Reichsgerichts: II. C.S. vom 28. November 1882 (Entsch. Bd. VIII No. 97); IV. C.S. vom 8. Februar 1883 (Entsch. VIII 118); I. C.S. vom 26. September 1883 (Entsch. X 113). In diesen drei Entscheidungen wird übereinstimmend der Einrede des Schiedsvertrages der Charakter einer prozesshindernden Einrede abgesprochen. Das zuerst angezogene Urtheil betont namentlich, dass die Aufzählung der prozesshindernden Einreden in § 247 erschöpfend sei, und erklärt es für unstatthaft „Einreden anderer Art den Vorschriften über prozesshindernde Einreden, namentlich den Bestimmungen des § 248" zu unterstellen.

[53]) Handbuch S. 257; — Zeitschr. für deutschen C.P. Bd. I S. 47 ff. (zur Lehre von d. prozessdilatorischen u. prozesshindernden Einreden); — ebenda Bd. II S. 518 ff. (Zur Abwehr. — Die Theorie der prozessdilatorischen und prozesshindernden Einreden betreffend); — Ges. Abhandlungen I S. 2. — Vergl. gegen Bolgiano: Petersen, Kommentar, Anmk. 4; — derselbe, Zeitschr. f. d. C.P., Bd. II S. 161 ff. (Die prozesshindernden Einreden und deren Verhältniss zu anderen Einreden); — ebenda Bd. III S. 206/207 (Die prozesshindernden Einreden); — Osterloh ebenda Bd. III

vertretenen Ansicht gelangte, dass die nominatio auctoris prozesshindernde Einrede sei. Hierbei wurde übersehen, dass die §§ 247 und 248 C.P.O. in Betreff der prozesshindernden Einreden noch verschiedene andere Bestimmungen enthalten, die nicht minder charakteristisch sind, als die beiden, von Bolgiano hervorgehobenen; es gehört hierher namentlich die Vorschrift, dass die prozesshindernden Einreden gleichzeitig vorzubringen sind (§ 247 Abs. 1); und dass, falls der Beklagte auf Grund der prozesshindernden Einreden die Einlassung verweigert, über dieselben abgesondert zu verhandeln und zu entscheiden ist (§ 248, Abs. 1). Es geht nicht an, aus der Gesammtheit dieser Bestimmungen zwei herauszugreifen, diese zum Charakteristikum der prozesshindernden Einreden zu stempeln, und ein Vertheidigungsmittel, das in diesen beiden Punkten gleichartig ist, unter Ausserachtlassung der im übrigen vorhandenen Verschiedenheiten den Einreden des § 247 gleichzustellen. Mit dem gleichen Rechte liesse sich das Charakteristische der letzteren darin finden, dass sie — ein Rest der alten Eventualmaxime — gleichzeitig vorzubringen sind, was dann zu der gewiss ungeheuerlichen Konsequenz führen müsste, die Vertheidigungsmittel und Beweiseinreden des § 319, Abs. 2 C.P.O. als prozesshindernde Einreden zu erklären. Thatsächlich ist in der Gesammtheit der bezüglich der prozesshindernden Einreden gegebenen Vorschriften das Charakteristische derselben zu erblicken, und nachdem Bolgiano einmal zugegeben hatte, dass die Nomination nicht gleichzeitig mit den prozesshindernden Einreden vorgebracht werden müsse,[54]) war es unausbleiblich, dass er die Behauptung, die Urheberbenennung sei eine prozesshindernde Einrede, fallen liess[55]) und gleichzeitig die Unzulässigkeit einer Verhandlung und Beweiserhebung über die Nomination mit Recht als weitere Abweichung von den prozesshindernden Einreden anführte. Damit kann die Streitfrage als abgethan gelten. Von sonstigen Verschiedenheiten zwischen Nomination und prozesshindernden

S. 43 ff.; — Hellmann, Lehrbuch, § 72 S. 432; — Seuffert, Anmk. 3; — Wilmowski, Anmk. 1; — Gaupp, Anmk. 3.

[54]) Zeitschr. f. d. C.P. Bd. II S. 521.

[55]) Archiv f. civilistische Praxis Bd. 76, N. F. Bd. 26 S. 319 ff.

Einreden sind noch zu erwähnen: 1. Bei der Nomination handelt es sich nicht um Bestreitung des Vorhandenseins einer Prozessvoraussetzung;[56]) 2. Die prozesshindernden Einreden haben, wenn sie sich als begründet erweisen, stets eine absolutio ab instantia zur Folge; die Urheberbenennung führt niemals direkt zu einer solchen; 3. der § 465 findet auf die letztere keine Anwendung; die Nomination ist daher auch im amtsgerichtlichen Verfahren vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzunehmen, und berechtigt auch hier zur Einlassungsverweigerung.

So kommen wir denn zu dem Ergebnisse, dass die Benennung des Auktors auch im heutigen Rechte ihren besonderen Charakter bewahrt hat. Auch heute sind gewisse Berührungspunkte mit anderen Rechtsinstituten unverkennbar, aber die Nomination darf, wenn nicht das Verständniss ihres Wesens und ihrer prozessualen Natur darunter Not leiden soll, mit keinem derselben identifizirt, oder auch nur als eine lediglich erweiterte Anwendungsform einer anderen Rechtserscheinung aufgefasst werden. — Die Urheberbenennung ist nach der Civilprozessordnung ganz wie im römischen Rechte ein eigenartiger Rechtsbehelf, dazu bestimmt, den als Besitzer belangten Inhaber einer fremden Sache vor jeder Verhandlung über die Hauptsache oder über Prozessvoraussetzungen des ihm lästigen Prozesses zu entheben, und die Durchführung des Rechtsstreites zwischen den in erster Linie an demselben Interessirten herbeizuführen. Eines steht für das geltende Recht ausser jedem Zweifel: die laudatio auctoris ist nach der C.P.O. eine dem Beklagten gewährte Rechtswohlthat;[57]) sie ist da, wo sie zulässig ist, ein Recht[58]) des Beklagten, niemals aber eine Pflicht. Daraus folgt, dass es dem Beklagten freisteht, ob er sich der Nomination bedienen will oder nicht, sowie dass dem Kläger kein Anspruch auf Nennung des Auk-

[56]) Auf die bekannte Kontroverse, ob solches bei sämmtlichen prozesshindernden Einreden der Fall ist, kann hier nicht eingegangen werden.

[57]) Vgl. Entsch. d. Reichsgerichtes Bd. XXII S. 393; s. auch Gaupp Anmk. 3.

[58]) § 73 Abs. 1 C.P.O.: „kann, wenn“ ....

tors und auf Entschädigung wegen Unterlassung derselben zusteht. Ob dem Beklagten infolge seines Verhältnisses zum Urheber eine Verbindlichkeit zur Benennung obliegt, und welche Tragweite die versäumte Nomination nach dieser Seite hat, ist eine Frage für sich, deren Regelung die C.P.O. sich grundsätzlich enthält.[59])

§ 3.

Wenn seither im Verlaufe der Darstellung für den Nominanten des öfteren die Bezeichnung „Detentor" gewählt wurde, so darf dies nicht so verstanden werden, als sei die Befugniss zur Nomination auf den blossen Inhaber der Sache beschränkt. Die Bezeichnung des Nominanten als Detentor rührt daher, dass sich die Anstellung der Eigenthumsklage gegen den Miether oder Pächter einer Sache in der Litteratur gewissermassen als Schulfall für die nominatio auctoris herausgebildet hat. Es soll nunmehr in diesem Paragraphen eine Uebersicht über die sonstigen hauptsächlichsten Anwendungsfälle der Urheberbenennung gegeben werden.

In der L. 2 C. 3, 19 wird das Anwendungsgebiet derselben wie folgt abgegrenzt: Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, litem ab aliquo per in rem actionem sustineat ... — Hier fallen sofort zwei Beschränkungen auf: einmal, dass nur der Besitzer einer unbeweglichen Sache zur Nomination verstattet,[60]) und zum andern, dass die Erhebung einer dinglichen Klage zur Voraussetzung gemacht wird. Ein innerer Grund für diese beiden einschränkenden Bestimmungen ist nicht vorhanden; es darf daher wohl angenommen werden, dass sich der Gesetzgeber bei Aufstellung derselben von der Erwägung leiten liess, einem in das Rechtsleben der damaligen Zeit so tief eingreifenden Institute, wie der Benennung des Auktors, zunächst nur eine mässige Ausdehnung zu geben, und dasselbe auf diese Weise dem Kläger weniger fühlbar werden zu lassen. Im einzelnen

[59]) Motive S. 428.

[60]) Die Frage, ob eine Verpflichtung zur laudatio auctoris besteht, ist in § 4 zu erörtern, bleibt daher hier zunächst noch ausser Betracht.

ergeben sich aus der Codexstelle folgende Anwendungsfälle für die Nomination: Unter den Begriff des alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem fallen nicht nur diejenigen Besitzer im fremden Namen, welchen blosse Detention zugeschrieben wird, also die Entleiher, Miether, Pächter eines Grundstückes, sondern auch jene, welchen die possessorischen Interdikte zustehen, wie der im Besitze des Pfandobjektes befindliche Pfandgläubiger, der Sequester,[61]) Prekarist, Niessbraucher, Emphyteuta und Superficiar.[62]) Sie alle besitzen, auch soweit sie den animus rem sibi habendi haben, alterius nomine, im Namen eines anderen, regelmässig im Namen des Eigenthümers, und es macht für die Zulässigkeit der Laudation keinen Unterschied, ob sie gleichzeitig ein dingliches Recht an der Sache ausüben oder nicht.[63]) Als dingliche Klagen kommen nach der Konstantinischen Verordnung vor allem die rei vindicatio, ferner die actio Publiciana, confessoria, negatoria, und hypothecaria in Betracht.[64])

Nachdem die Nomination einmal im Rechtsbewusstsein festen Boden gewonnen und sich in der Praxis bewährt hatte, konnte es nicht ausbleiben, dass man allmählich die einer tieferen Bedeutung ermangelnden Beschränkungen des Institutes auf den Immobiliarbesitz in fremdem Namen einerseits, und auf dingliche Klagen andrerseits, zu beseitigen trachtete. Dieses Bestreben trat am frühesten bezüglich der zuerst genannten einschränkenden Vorschrift zu Tage. Zwar steht die in C. 5 § 7 X. ut lite non cont. II. 6 aufgenommene Dekretale Innocenz III. in dieser Beziehung noch ganz auf dem Standpunkte der Lex 2 cit.,[65]) und ebenso spricht sich die Accursische Glosse gegen die Ausdehnung auf bewegliche

[61]) Dernburg, Bd. I § 173 in und bei Anmk. 5.

[62]) Vgl. Seuffert, Anmk. 2; — Gaupp, Anmk. II 2; — Petersen, Anmk. 2; — Bolgiano, Handbuch I S. 248.

[63]) Zu den Worten „quolibet modo" der Codexstelle bemerkt die Accursische Glosse: „Ut commodatarius rei immobilis, vel colonus, vel inquilinus, qui non habet jus in re. Et dic idem in eo, qui habet jus in re, ... ut in feudatario, emphyteuta, vel fructuario, vel quocunque modo teneat nomine alterius."

[64]) Vgl. Seuffert a. a. O.

[65]) „Quodsi super rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas possidet nomine alieno" ....

Sachen aus;[66]) dagegen scheint man in Deutschland schon früh eine analoge Anwendung auf den Mobiliarbesitzer zugelassen zu haben,[67]) und jedenfalls wird seit Beginn dieses Jahrhunderts in Theorie und Praxis hinsichtlich der Nomination ein Unterschied zwischen den Besitzern unbeweglicher und beweglicher Sachen nicht mehr gemacht.[68]) In gleicher Weise ist den Prozessgesetzgebungen seit der Pr. A.G.O. eine verschiedenartige Behandlung des Mobiliar- und Immobiliardetentors durchweg fremd.[69])

Mit der Erweiterung des Anwendungsgebietes der Nomination nach der soeben besprochenen Richtung hin hielt die Ausdehnung auf andere, als dingliche Klagen, nicht gleichen Schritt. So finden wir noch in einem Erkenntnisse des Ober-Apellationsgerichtes zu Jena vom 8. Januar 1835.[70]) und in einem Urtheile des Ober-Apellationsgerichtes zu Celle vom 4. September 1840[71]) ausgesprochen, dass nur der mit einer dinglichen Klage belangte Besitzer in fremdem Namen seinen Auktor benennen könne. — Im Gegensatze hierzu stellt Renaud[72]) der dinglichen Klage die actio in rem scripta gleich.

[66]) „Pro mobili non potest domino nuntiare."

[67]) Vgl. die bei Glück (a. a. O. § 586 Anmk. 92) zitirten Schriftsteller.

[68]) Vgl. Glück a. a. O. § 586 S. 199 200; — Mittermaier a. a. O. § 4 S. 404; — Renaud a. a. O. § 51 u. Anmk. 2 hält zwar prinzipiell nur den Detentor einer unbeweglichen Sache für befugt, erhebt jedoch gegen die Ausdehnung auf bewegliche Sachen keinen Einwand; vgl ferner Kierulff, Sammlung der Entscheidungen des Ober-Apellationsgerichts der freien Hansestädte zu Lübeck, Jahrg. 1867 Bd. III. pag. 1020 ff., woselbst der auf Herausgabe des Depositums von einem dritten belangte Depositar zur laudatio verstattet, und dies als feststehende Rechtsprechung bezeichnet wird.

[69]) A.G.O. I. 17 § 34; — Hannover § 40 Abs. 1; — Baden § 124; Würtemberg Art. 107 Abs. 1; — Baiern Art. 74 Abs. 1; — Hess. Entw. Art. 116; — Hann. Entw. § 62 Abs. 1; — Preuss. Entw. § 744 Abs. 1; Nordd. Entw. § 113 Abs. 1.

[70]) Seuffert's Archiv Bd. XIV No. 249.

[71]) Seuffert's Archiv Bd. XII No. 85. Wenn übrigens diese Entscheidung die Nomination nur bei dinglichen „auf Herausgabe einer Sache gerichteten Klagen" für zulässig erklärt, so steht dies im Widerspruche mit der L 2 C. cit., in welcher allgemein von actiones in rem die Rede ist.

[72]) a. a. O. § 51 Anmk. 3.

und Wetzell[73]) hält es für „unbedenklich“, ... „die laudatio auctoris in der ihr durch das Gesetz gegebenen Gestalt auf alle Klagen auszudehnen, welche gleich der rei vindicatio nicht bloss gegen den juristischen Besitzer, sondern auch gegen den Detentor gehen“.

Während, wie ersichtlich, die Fortbildung der römisch-rechtlichen Nomination nach dieser Seite hin im gemeinen Prozessrechte keine allgemeine Anerkennung gefunden hat, haben fast sämmtliche neueren Prozessgesetze dem Besitzer in fremdem Namen auch bei persönlichen Klagen die Befugniss zur Benennung seines Urhebers gegeben, sofern nur diese Klagen gegen den Besitzer als solchen gerichtet werden können.[74]) Eine Ausnahme hiervon macht nur der Hess. Entw., welcher in Art. 116 die Anstellung einer dinglichen Klage zur Voraussetzung macht, und der Preuss. Entw., der die Zulässigkeit der Nomination an die Voraussetzung knüpft, dass der Beklagte „auf Herausgabe einer Sache belangt ist“. Dieser letzteren Einschränkung fehlt es an jeder inneren Berechtigung, denn es bleibt unerfindlich, wesshalb der Besitzer in fremdem Namen bei Anstellung der Eigenthumsklage seinen Auktor benennen darf, bei Erhebung der negatoria dagegen zur Durchführung des Rechtsstreites genöthigt werden soll.[75])

Die R.C.P.O. bestimmt in § 73 Abs. 1 den Kreis der zur Urheberbenennung Berechtigten durch die Fassung: „Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet“...

Die C.P.O. kennt sonach weder eine unterschiedliche Behandlung des Besitzers von Mobilien gegenüber demjenigen von unbeweglichen Sachen, noch auch eine Beschränkung der Laudation auf dingliche Klagen, lässt dieselbe vielmehr auch bei persönlichen Klagen, namentlich bei den sog. actiones in rem scriptae zu, vorausgesetzt, dass der Nominant „als Besitzer“ der Sache verklagt ist. Die Zulässigkeit der Nomination ist also, — was übrigens auch im römischen Rechte

[73]) a. a. O. § 7 Z. 3 vor Anmk. 45.

[74]) Vgl. die oben in Note 69 zitirten Gesetzesstellen; siehe auch Nordd. Protokolle 30. und 31. Sitzung S. 171 u. 172.

[75]) Vgl. Nordd. Protokolle a. a. O.

der Fall war, — stets dadurch bedingt, dass die betreffende Klage nach materiellem Rechte gegen den Besitzer einer Sache als solchen gerichtet werden kann,[76]) dass mit anderen Worten die Passivlegitimation durch den Besitz gegeben ist. Dies trifft jedenfalls bei den oben aufgeführten dinglichen Klagen zu (rei vindicatio, actio Publiciana, confessoria, negatoria, hypothecaria).[77]) Von persönlichen Klagen, die gegen den Besitzer einer Sache als solchen erhoben werden können, kommen für das gemeine Recht[78]) in erster Linie die actiones in rem scriptae[79]) in Betracht; also: die actio quod metus causa,[80]) soweit mit derselben die Herausgabe des durch Zwang Erlangten begehrt wird; ferner die actio ad exhibendum,[81]) die actio aquae pluviae arcendae,[82]) die cautio damni infecti.[83]) Bei all diesen Klagen kann, wenn dieselben gegen einen alieno nomine possidens angestellt werden, die Urheberbenennung vorgenommen werden. Der gleiche Fall ist auch

---

[76]) S. Motive S. 428, und die Kommentare; vgl. auch Nordd. Protokolle S. 171.

[77]) Wenn Eccius (Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des Werkes von Dr. Franz Förster, 5. Aufl. Bd. III § 181 Note 38) die Nomination bei der Negatoria für unstatthaft erklärt, da bei dieser „der Beklagte nicht als Besitzer einer Sache verklagt wird", so ist dem für das gemeine Recht sicher nicht beizupflichten. Nach diesem Rechte geht die Negatorienklage gegen jeden, der sich störende Eingriffe in die klägerische Eigenthumssphäre erlaubte, namentlich gegen solche, die eine Servitut an dem Eigenthume des Klägers in Anspruch nahmen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der Niessbraucher, Superficiar etc. eines Gebäudes, von dem aus übermässiger Rauch auf das klägerische Grundstück immittirt wird, in seiner Eigenschaft als Besitzer negatorisch belangt werden kann. (Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. I § 198 Anmk. 10; — Dernburg, Bd. I § 256 S. 617; siehe auch Entsch. des Cassationshofs Wolfenbüttel vom 16. Jan. 1855; Seuffert's Archiv Bd. X No. 118.)

[78]) Vgl. Seuffert, Anmk. 1 zu § 27; bezüglich des preuss. Rechtes siehe Wilmowski-Levy, Anmk. 1 zu § 27.

[79]) Vgl. hierzu Windscheid Bd. I § 45 Note 6; Dernburg Bd. I § 129.

[80]) Windscheid Bd. II § 462; Dernburg I § 236.

[81]) Windscheid Bd. II § 474 Z. 3; Dernburg Bd. I § 135 Z. 2.

[82]) Windscheid Bd. II § 473 Note 16; Dernburg Bd. I § 232 Z. 4.

[83]) Vgl. Windscheid Bd. II § 459 Z. 2; Dernburg Bd. I § 231.

bei der Grenzscheidungsklage denkbar,[84]) nicht aber bei Theilungsklagen, denn bei diesen können nur die Miteigenthümer als aktiv und passiv legitimirt erachtet werden. Ausgeschlossen ist überhaupt die Nomination bei allen Klagen, die entweder nur gegen den Eigenthümer der Sache gerichtet werden können, oder die einen, durch ein bestimmtes Verhalten, namentlich durch ein doloses Handeln qualifizirten Besitz des Beklagten zur Voraussetzung haben, bei denen also der Besitz des Beklagten als solcher zur Herstellung der Passivlegitimation nicht ausreicht. — Aus dem ersteren Grunde kann beispielsweise die laudatio auctoris keine Anwendung finden bei den Noxalklagen, denn bei diesen galt zwar der Satz: noxa caput sequitur, allein der Anspruch richtete sich nur gegen den jeweiligen Eigenthümer des schädigenden Sklaven resp. Thieres;[85]) ebensowenig kann der, aus der servitus oneris ferendi resultirende Anspruch auf ordnungsmässige Erhaltung beziehungsweise Wiederherstellung der stützenden Mauer, wenn derselbe für sich geltend gemacht wurde, zu einer Benennung des Auktors führen, denn reparaturpflichtig ist lediglich der Eigenthümer des dienenden Grundstückes.[86])

Zu den Klagen, welche aus dem zweiten, oben angegebenen Grunde, nämlich wegen des durch besondere Umstände qualifizirten Besitzes auf Seite des Beklagten eine Nomination nicht zulassen, sind unter anderen zu rechnen: 1. die hereditatis petitio und das interdictum quorum bonorum;[87]) beide Klagen stehen dem Erben nicht gegen jeden Besitzer schlechthin, sondern nur gegen den pro herede und pro possessore possidens zu. Der gutgläubige Pächter von Nachlassgegenständen war somit hier nicht der richtige Beklagte, denn er masste sich weder ein Erbrecht an den Sachen an, noch konnte er als „praedo" behandelt werden, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit „„quia possideo"" ....

[84]) arg. L. 4 § 9 D. finium regundorum 10, 1; Dernburg I § 229 Z. 2. Windscheid II § 450.

[85]) Windscheid II § 291 Note 1; Dernburg II § 133.

[86]) Windscheid Bd. I § 211a Note 3; Dernburg Bd. I § 236 Z. 2.

[87]) Wetzell a. a. O. § 7 Z. 3 am Ende; Kierulff a. a. O. S. 1020 IV. a. M. Siebenhaar, Kommentar S. 124 Anmk. vgl. Windscheid III § 615 Anmk. 14.

„nec ullam causam possessionis possit dicere".[88]) Der gutgläubige Detentor von Erbschaftssachen besitzt „contemplatione alterius", und sein Besitz findet in dem vertragsmässigen Rechtsverhältnisse, in dem der Dentor zu seinem Auktor steht, seinen Rechtsgrund, seine causa.[89]) — Hierher gehört ferner 2. die Spolienklage, denn auch diese ist „nicht gegen den Besitzer als solchen gerichtet, sondern gegen denjenigen, welcher sich durch Eigenmacht den Besitz angeeignet, und damit eine unrechte That begangen hat".[90]) Gleichen Charakter wie die gemeinrechtliche actio spolii hatten übrigens die sämmtlichen rekuperatorischen Besitzklagen des römischen Rechtes, namentlich das interdictum unde vi. Denn alle diese Klagen setzten überhaupt keinen Besitz des Beklagten, oder aber einen vitiosen Besitz desselben voraus, und liessen daher eine Benennung des Urhebers — sofern man eine solche im gemeinen Rechte überhaupt, trotz der persönlichen Natur der Besitzklagen, prinzipiell für statthaft erklärte, — nicht zu.[91]) Das Gepräge der Eigenmacht und der widerrechtlichen Handlungsweise trägt sodann 3. auch der Besitz des Legatars, der gegen den Willen des Erben die Vermächtnissgegenstände an sich gebracht hat;[92]) es kann daher auch bei dem interdictum quod legatorum von einer nominatio auctoris nicht die Rede sein. — Dagegen würde die Anstellung des, dem Verpächter gegen jeden Inhaber der verpfändeten Invekten zustehenden interdictum Salvianum, den hiermit belangten Besitzer in fremdem Namen zur Urheberbenennung berechtigen. — 4. Endlich genügt auch bei den Anfechtungsklagen, sowohl des gemeinen, wie des Reichs-

[88]) LL. 11—13 D. de hered. pet. 5, 3.

[89]) vgl. L. 13 § 12 D. h. t. 5, 3; Wetzell a. a. O.

[90]) Urtheil des Reichsgerichtes I. C.S. v. 14. Dezember 1892: Entsch. Bd. XXX No. 42.

[91]) Die bereits oben in Note 70 und 71 zitirten Entscheidungen (Seuffert's Archiv Bd. XIV No. 249 und Bd. XII No. 85) versagen grundsätzlich bei Besitzklagen dem Beklagten das Recht zur Nomination, wegen der „persönlichen Natur" dieser Klagen. Im Gegensatze hierzu hält ein Erkenntniss des O.A.G. Jena vom 25. Mai 1852 bei possessorischen Klagen den Beklagten für befugt, seinen Auktor zu benennen, „wegen der gemischten Natur dieser Klagen." (Seuffert's Archiv Bd. XVII No. 155.)

[92]) Windscheid Bd. II § 649 a. E.; Dernburg Bd. III § 99.

rechtes der blosse Besitz der vom Schuldner veräusserten Gegenstände nicht, um die Sachlegitimation des Beklagten zu begründen,[93]) daher denn auch bei allen diesen Klagen eine Benennung des Auktors nicht vorkommen kann.

Wir haben im Vorstehenden an einer Reihe von Beispielen zu zeigen versucht, in welcher Weise das Anwendungsgebiet des § 73 C.P.O. durch den blossen Wortlaut des Absatzes 1 abgegrenzt wird; es ist nunmehr zu untersuchen, ob und inwieweit eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen, eine ausdehnende Interpretation des § 73 zulässig ist. Der Hannöversche Entwurf und die Württembergische C.P.O. ertheilten die Befugniss zur Urheberbenennung auch dann, „wenn Jemand wegen Ausübung einer Dienstbarkeit oder eines anderen dinglichen Rechtes belangt wird, welche er in fremdem Namen auszuüben behauptet".[94]) Mandry[95]) hält den hier ausgesprochenen Grundsatz auch nach dem Reichsrechte für anwendbar, während Gaupp[96]) dies unter Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes und auf die Motive bestreitet. Bevor zu dieser Frage Stellung genommen werden kann, ist die Vorfrage zu erledigen, was der Sinn der angezogenen Gesetzesstellen ist. Soll das Recht zur Nomination jedem zustehen, der ohne jegliche eigene Rechtsanmassung, eine von einem anderen, etwa seinem Dienstherrn, in Anspruch genommene Servitut lediglich in dessen Namen und Auftrag ausübt, oder muss diese „Ausübung" eines jus in re die Manifestation eines eigenen Besitzwillens auf Seiten des Beklagten, der Ausfluss eines dem Sachbesitze in fremdem Namen analogen Rechtsbesitzes[97]) sein, um den Beklagten zur Nomination zu berechtigen? Auf einen praktischen Fall angewendet, würde die

[93]) Vgl. bezüglich des gemeinen Rechtes: Windscheid Bd. II § 463 Z. 4; Dernburg Bd. II § 144 ff.; bezüglich des Reichsrechtes: Konkursordnung §§ 23 34; Reichsgesetz vom 21. Juli 1879; Cosack, das Anfechtungsrecht der Gläubiger.

[94]) Hann. Entw. § 62 Abs. 2; — Württemb. Pr.O. Art. 107 Abs. 2.

[95]) Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, II. Aufl. § 30 S. 365.

[96]) Kommentar Anmk. II 1 und Note.

[97]) Ueber den Begriff des Rechtsbesitzes vgl. Windscheid Bd. I §§ 151, 163, 164; Dernburg Bd. I §§ 190 und 191.

Frage so zu formuliren sein: Kann nur der Pächter einer Fischereigerechtigkeit, welcher aus seinem Pachtvertrage ein Recht zur Ausübung des Fischfanges, also zur Vornahme von Quasibesitzhandlungen herleitet, und welcher als Besitzer eines Rechtes, das er in fremdem Namen zu besitzen behauptet, belangt ist, seinen Auktor benennen, oder gilt das Gleiche von demjenigen, der als Bediensteter auf Geheiss seines Herrn den Fischfang „ausübt", bei dem somit von einem Rechtsbesitze nicht im entferntesten die Rede sein kann? — Die in Rede stehenden Bestimmungen des Hannöverschen Entwurfes und der Württembergischen Pr.O. lassen beide Auslegungen zu; allein man wird, je nachdem man sich für diese oder jene Interpretation entscheidet, die Anwendbarkeit jener Vorschriften für das heutige Recht bejahen oder verneinen müssen. — Unbedenklich erscheint es, die Bestimmungen des § 73 auf den Fall des Rechtsbesitzes auszudehnen, um so unbedenklicher, als diese Ausdehnung bereits für das gemeine Recht in einer Entscheidung des O.A.G. zu Jena vom 18. Dezember 1852[98]) anerkannt, und sogar als ein „auf Grund der Analogie jederzeit mit Recht" gestatteter „Gerichtsgebrauch" bezeichnet wird. Die hier angestellten richterlichen Erwägungen, dass die Voraussetzung der Analogie: „Gleichheit des Grundes" vorhanden, und dass die nominatio auctoris kein contra rationem juris geschaffenes Institut sei, treffen auch für das heutige Recht zu. In der That ist die Situation des Rechtsbesitzers ganz die gleiche, wie die des Sachbesitzers, und er wird ebenso wie dieser den Wunsch haben, vom Prozesse loszukommen. Der Umstand, dass die C.P.O. nur von dem Besitzer einer Sache spricht, berechtigt nicht zu der Annahme, dass sie den juris quasi possessor in fremdem Namen von der Nomination ausschliessen wollte. Schreibt doch auch das römische Recht seit der Kaiserzeit dem Niessbraucher nur Rechtsbesitz zu, und trotzdem steht es ausser allem Zweifel, dass derselbe gegebenen Falles zur Nennung seines Auktors berechtigt ist. — Eine ungleichartige Behandlung des Sach-

[98]) Seuffert's Archiv Bd. VI. No. 265; vgl. auch die von Eccius (a. a. O. Bd. III § 181 Note 38 a. E.) angeführte Entscheidung, wo der nämliche Fall in gleicher Weise beurtheilt ist.

besitzers und des Rechtsbesitzers bezüglich der Nomination wäre heute ebenso innerlich ungerechtfertigt, wie es die Unterscheidung zwischen dem Detentor von Immobilien und Mobilien im römischen Rechte war. Ueberdies wird in der gemeinrechtlichen Theorie der Satz vertreten, dass die sog. iuris quasi possessio ein theilweiser Sachbesitz sei.

Muss auf Grund dieser Erwägungen eine extensive Interpretation des § 73 Abs. 1 in dem angegebenen Umfange als berechtigt anerkannt werden, so ist eine Ausdehnung des Institutes auf Fälle, in denen weder Sachbesitz noch Rechtsbesitz auf Seite des Beklagten vorliegt, entschieden zurückzuweisen. Wenn die C.P.O. es zum Erforderniss für die Zulässigkeit der Nomination macht, dass der Beklagte „als Besitzer" belangt ist, so zessirt die Anwendbarkeit des § 73 unbedingt da, wo ein Besitz des Beklagten gar nicht in Frage kommt. Die gegentheilige Auffassung verlässt vollständig den festen Boden des Gesetzes, auf dem sich jede gesunde Interpretation bewegen muss. Ausgeschlossen ist daher die Urheberbenennung beispielsweise stets bei dem interdictum uti possidetis, und bei der ordentlichen Besitzklage des gemeinen Rechtes, soweit diese Klagen Schutz des bestehenden Besitzes bezwecken; insoweit dieselben jedoch rekuperatorische Funktion haben, wurde ihrer bereits oben Erwähnung gethan. Unzulässig ist ferner die Nomination in dem schon früher angeführten Falle, wo der Knecht die von seinem Herrn in Anspruch genommene Fischereigerechtigkeit ausübt;[98a]) undenkbar ist eine Benennung des Auktors namentlich bei Kontrakts- und Deliktsklagen.[99]) Die inneren Gründe für den Ausschluss der Nomination in allen diesen Fällen sind wohl berechtigte, denn die

[98a]) Mit Unrecht hält Siebenhaar (Kommentar S. 124 Anmk.) den Knecht eines Grundstücksbesitzers, der über ein fremdes Grundstück gefahren ist, und, mit der a. negatoria belangt, einwendet, dass seinem Dienstherrn eine Fahrwegsgerechtigkeit an dem klägerischen Grundstücke zustehe, für berechtigt, seinen Dienstherrn zu nominiren. — Der gleichen irrigen Ansicht begegnen wir schon bei Kori in Kori und Langenn's Erörterungen praktischer Rechtsfragen, I pag. 117 ff.

[99]) Motive S. 428; — Wilmowski Anmk. 1; — Gaupp Anmk. II, 1; — Mandry a. a. O. § 30; — Wetzell a. a. O. § 7 Z. 3 am Ende; — Renaud a. a. O. § 51 Anmk. 3.

hier in Betracht kommenden Verhältnisse sind in jeder Beziehung anders gelagert als diejenigen, aus denen das Institut der Laudation hervorgegangen ist. Klagen, die nicht in einem Besitzstande des Beklagten, sondern in Handlungen desselben ihre Veranlassung haben, rufen theils kein Bedürfniss zur Benennung des Urhebers hervor, theils verbietet sich die Ertheilung dieser Rechtswohlthat durch die Handlungsweise des Beklagten, und die billige Rücksichtnahme auf die Interessen des Klägers. Beispiele werden dies beleuchten. Wird die actio negatoria gegen denjenigen gerichtet, der ohne eigene Rechtsanmassung lediglich im Dienste eines anderen ein jus in re ausübt, so fehlt es an der passiven Sachlegitimation.[100]) und der Beklagte hat daher nicht nöthig, seinen dominus zu benennen. Ebensowenig liegt ein Bedürfniss hierzu für den Beklagten dann vor, wenn er als sog. direkter Stellvertreter ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Hier treten durch den Vertragsabschluss rechtliche Beziehungen nur zwischen dem Mitkontrahenten und dem Mandanten des Stellvertreters ein, und der letztere wird einer etwa gegen ihn gerichteten Klage aus dem Vertrage mit der exceptio deficientis legitimationis ad causam wirksam begegnen. Hat andrerseits der Stellvertreter in eigenem Namen kontrahirt, ohne seine Vertreterqualität hervorzukehren, so entstehen Rechte und Pflichten nur in seiner Person, und der Gegenkontrahent braucht sich die Verweisung an einen ihm völlig fremd gegenüberstehenden Dritten nicht gefallen zu lassen.[101]) Mit Recht nennt es die Entscheidung des O.A.G. zu Jena vom 8. Januar 1835[102]) eine „Verwechslung rechtlicher Begriffe und Verhältnisse, wenn bekannte Rechtsgelehrte .... die Einrede des Stellvertreters, welcher im Namen oder Auftrage des Prinzipals handelte, dass die Klage nicht gegen ihn, sondern gegen jenen anzustellen sei, ... als eine nom. s. laud. auctoris bezeichnen".

Bei Deliktsklagen vollends wäre eine auctoris laudatio geradezu monströs. Hier soll ja gerade der Beklagte wegen

[100]) Vgl. Norddeutsche Protokolle, 32. Sitzung S. 172; Eccius a. a. O. Bd. III § 181 Note 38.

[101]) Vgl. Mittermaier a. a. O. § 4 S. 404—410.

[102]) Seuffert's Archiv Bd. XIV No. 249.

seiner arglistigen Handlungsweise zur Verantwortung gezogen werden,[103]) und ihm auf Grund der Benennung eines Dritten die Befreiung vom Prozesse zu gewähren, hiesse auf den dolus eine Prämie setzen. — Jedenfalls aber böte die Möglichkeit einer Nomination bei Kontrakts- und Deliktsklagen dem Beklagten die willkommene Gelegenheit, durch Benennung fingirter Auftraggeber den Prozess zu verschleppen.

Im Gegensatze zu der Tendenz, der nominatio auctoris eine Ausdehnung zu geben, welche mit dem innersten Wesen dieses Institutes im Widerspruche steht, macht sich im gemeinen Rechte sowohl, als auch im Reichsrechte bei einigen Schriftstellern das Bestreben bemerkbar, den Anwendungskreis der Nomination noch enger zu ziehen, als es im Verlaufe dieser Darstellung geschehen ist. So behauptet Wirsing,[104]) der Beklagte sei nur dann zur Benennung seines Auktors berechtigt, wenn „der Kläger ein ausgedehnteres Recht an der Sache in Anspruch nimmt", als es ihm — dem Beklagten — zusteht. Denn spreche etwa der Kläger gegen einen Usufruktuar den Niessbrauch an derselben Sache an, so sei dieser unmittelbar in seinem Rechtsgebiete angegriffen und im Stande, „durch Entgegensetzung seines eigenen Rechtes den klägerischen Anspruch zu elidiren". Der Kläger trete „dem Rechte des Detentors selbst entgegen, dieser erscheine als der rechte Beklagte; denn insoweit als ihn der Streit hier berühre, besitze er nicht alieno, sondern suo nomine; er sei daher auch zur Einlassung auf den Streit verpflichtet". Dem gleichen Gedanken verleiht Petersen[105]) Ausdruck, indem er die dinglich an der Sache Berechtigten, wie Emphyteuta, Pfandgläu-

[103]) Die A.G.O. bestimmte in I 17 § 40: „Wenn Jemand, welcher nicht für sich, sondern im Namen eines anderen besitzt, der Sache halber aus seinem eigenen Fakto, z. E. wegen eines daran begangenen spolii belangt wird, so kann er sich mit der Nomination des wahren Besitzers nicht schützen, sondern muss dem Kläger von diesem seinem Fakto, und dessen rechtlichen Folgen selbst Red und Antwort geben." — Um wieviel mehr mussten diese Grundsätze dann gelten, wenn gar kein Besitz des Beklagten in Frage stand!

[104]) a. a. O. § 6 S. 50/51.

[105]) Kommentar Anmk. 2 a. E.

biger etc. nur dann zur Urheberbenennung für befugt erklärt, wenn sie „nicht wegen dieser dinglichen Rechte, sondern wegen des Eigenthums belangt werden."

Die Bemerkung Wirsing's, dass der Besitzer, dessen Recht an der Sache selbständig angegriffen wird, als der „rechte Beklagte" erscheine, lässt erkennen, dass die restriktive Interpretation der L. 2 C. 3, 19 in der unheilvollen Verwechslung der Nomination mit dem Einwande der mangelnden Sachlegitimation ihren Grund hat. Allein auch hiervon abgesehen, vermag ich der Ansicht von Wirsing und Petersen nicht beizupflichten. Das Beispiel vom Niessbraucher, der wegen des Ususfruktus an der Sache verklagt wird, scheint allerdings für eine Einschränkung der Nomination zu sprechen. Denn hier wird der Beklagte regelmässig selbst in der Lage sein, den Nachweis seines Rechtes zu erbringen, und so dem Kläger wirksam entgegenzutreten; andrerseits ist ihm durch das Institut der Streitverkündung die Möglichkeit gegeben, sich seiner Verantwortlichkeit gegenüber dem Auktor zu entledigen, und diesen zur Betheiligung am Rechtsstreite zu veranlassen. Allein in einem solchen Falle, wo dem Beklagten umfassende Rechte an der Sache zustehen, wird es demselben in den weitaus meisten Fällen gar nicht in den Sinn kommen, seinen Urheber zu nominiren, und die Prozessführung vollständig aus der Hand zu geben. Thut er es aber dennoch, so kann nach dem früher ausgeführten, und bei den durch die C.P.O. geschaffenen Kautelen gegen Prozessverschleppung dem Kläger ein Nachtheil hieraus nicht erwachsen. Insoweit liegt also kein Bedürfniss zu einer Einschränkung der Nomination vor. Es lassen sich aber auch Situationen denken, in denen es geradezu mit dem Geiste des Gesetzes im Widerspruche stehen würde, wollte man dem Beklagten die nominatio auctoris um desswillen versagen, weil er nicht „wegen des Eigenthumes", nicht wegen eines „ausgedehnteren Rechtes" als des von ihm beanspruchten, belangt ist. Nehmen wir folgenden Fall an: Ein Emphyteuta ist wegen Ausübung einer Wege-, Wasser- oder Weidegerechtigkeit, die er als einen Theil seines jus emphyteuticarium betrachtet, mit der actio negatoria als Besitzer der Sache beklagt. Hier steht gewiss kein ausgedehn-

teres Recht in Frage, als der Beklagte für sich in Anspruch nimmt; vielmehr handelt es sich nur um einen Annex, einen vielleicht sehr unbedeutenden Bestandtheil des ihm zustehenden Rechtes. Petersen und Wirsing müssten daher die Laudation für unzulässig erklären. Und doch können die sämmtlichen Voraussetzungen derselben gegeben sein; insbesondere wird vielleicht nur der Eigenthümer den Nachweis einer Ersitzung der Servitut erbringen können. Warum aber dann das Recht zur Urheberbenennung verweigern? Und nach welchen Kriterien — so muss schliesslich gefragt werden — soll in abstracto ein Recht als das ausgedehntere bezeichnet werden? Ist beispielsweise der Niessbrauch oder das Pfandrecht als das ausgedehntere Recht anzusehen? Dort neben dem Rechte auf Gebrauch und Fruchtziehung die Pflicht zur Erhaltung der Substanz, — hier der Regel nach kein Nutzungsrecht, dagegen die Befugniss, die Sache zu verwerthen, und sich aus dem Erlöse zu befriedigen. — Die in Rede stehenden Ansichten von Wirsing und Petersen ermangeln sonach des inneren Grundes, wie sich ihnen denn auch in dem Wortlaute der L. 2 C. und des § 73 Abs. 1 C.P.O. kein Anhaltspunkt bietet.

Bereits von älteren Schriftstellern [106]) wird darauf hingewiesen, dass die nominatio auctoris durch die Einführung der Grundbücher viel an praktischer Bedeutung verloren hat, und auch von den Motiven zur C.P.O. wird diese Thatsache nicht verkannt. [107]) So führt namentlich die absolute Durchführung des öffentlichen Glaubens der Grundbücher im sächsischen Rechte zur Beseitigung der Reivindikation bei Immobilien, und damit gleichzeitig zur Beseitigung des wichtigsten Anwendungsfalles der Nomination. Auch die Einschränkung der Mobilienvindikation durch das Preuss. Allg. Landrecht, durch Art. 2279 Code civil und Art. 306,307 H.G.B. hat das Anwendungsgebiet der Urheberbenennung sehr geschmälert. Wenn trotzdem dieses Institut in die R.C.P.O. aufgenommen worden ist, so findet dies seine Rechtfertigung in dem Umstande, dass verschiedene Landesgesetze den Besitzer in frem-

[106]) Mittermaier a. a. O. § 3 S. 403 Anmk.

[107]) Motive S. 428.

dem Namen in gewissen Fällen zur Nennung seines Auktors verpflichten.[108])

Durch das Gesagte dürften die Grenzen, innerhalb deren die auctoris laudatio zur Anwendung kommen kann, mit genügender Sicherheit gezogen sein. Eine erschöpfende Aufzählung sämmtlicher Fälle, in denen eine Benennung des Urhebers denkbar ist, war selbstverständlich nicht beabsichtigt, und konnte es nicht sein. Denn die vielgestaltige Praxis wird dem Richter stets neue Situationen vor Augen führen, in denen über die Zulässigkeit der Nomination zu befinden ist, — Situationen, die sich in abstracto gar nicht, oder nur schwer vorhersehen lassen. Sachgemässe Prüfung der konkreten Verhältnisse an Hand der gesetzlichen Bestimmungen, Berücksichtigung des Wesens und der prozessualen Natur der Nomination, besonders aber der Bedürfnisse, deren Befriedigung unser Prozessinstitut zu dienen bestimmt ist, werden den Richter stets den rechten Weg finden lassen.

§ 4.

An die im vorhergehenden Paragraphen beantwortete Frage, in welchen Fällen der Beklagte zur Benennung seines Urhebers *berechtigt* ist, knüpft sich sachgemäss die Untersuchung, ob und inwieweit der Beklagte hierzu *verpflichtet* ist. Dass es sich hierbei sowohl nach römischem wie nach dem geltenden Prozessrechte nur um eine Verpflichtung des Beklagten gegenüber seinem Auktor, niemals aber um eine dem Kläger gegenüber bestehende prozessuale Pflicht handeln kann, wurde bereits in § 2 dieser Arbeit dargethan. An dem gleichen Orte ist auch schon darauf hingewiesen worden, dass die Civilprozessordnung auch nach dieser Richtung hin *keine* Verbindlichkeit des Beklagten statuirt.[109]) Der § 73 stellt es gänzlich in den Willen des als Besitzer einer Sache belangten alterius nomine possidens, ob er seinen Urheber benennen, oder ob er sich auf die Klage einlassen, und den Prozess durch-

[108]) Motive a. a. O.

[109]) Motive S. 428; ebenso, mit Ausnahme der Preuss. A.G.O. (I 17 § 34) die sämmtlichen neueren Prozessgesetzgebungen.

führen will, ohne der Qualität seines Besitzes auch nur Erwähnung zu thun. Dagegen ist es unbestrittenermassen der Landesgesetzgebung nach wie vor unbenommen, das Verhältniss zwischem dem Beklagten und seinem Auktor zu regeln, und die Nomination in mehr oder weniger ausgedehntem Masse für eine notwendige zu erklären; denn die Abgrenzung des beiderseitigen Rechts- und Pflichtenkreises ist Sache des materiellen Rechtes, in das der § 73 nicht eingreift, und nicht eingreifen wollte. Eine etwaige Verpflichtung zur Nomination kann aber nur als eine nähere Präzisirung der generell bestehenden civilrechtlichen Pflicht des Detentors zur diligentia gegenüber seinem Urheber aufgefasst werden. Die Prüfung der landesgesetzlichen Bestimmungen muss sich im Rahmen dieser Darstellung auf das gemeine Recht beschränken. Bezüglich zweier weiterer grosser Rechtsgebiete — des preussischen und des französischen — mag der Hinweis auf die einschlägigen Gesetzesstellen genügen; die übrigen Landesrechte können hier keine Berücksichtigung finden.

Für das römische Recht kommt die mehrfach citirte L. 2. C. 3. 19. und als passus concernens der Eingang der Stelle in Betracht: Si quis . . . litem . . sustineat, debet statim in judicio dominum nominare. — Ob hierdurch eine generelle Verpflichtung des Beklagten zur Nomination ausgesprochen sei, ist eine bis auf den heutigen Tag noch offene Kontroverse. Während beispielsweise Emminghaus,[110]) Bolgiano,[111]) Gaupp,[112]) und Dernburg[113]) diese Frage verneinen, wird dieselbe von Glück,[114]) Mittermaier,[115]) Briegleb,[116]) Wirsing,[117]) Vangerow,[118]) Seuffert,[119]) und anderen bejaht.

Nach dem Vorgange der Glosse legt insbesondere Emming-

[110]) a. a. O. § 4 S. 445 ff.
[111]) Handbuch I S. 259 260.
[112]) a. a. O. I S. 177 Abs. 3.
[113]) a. a. O. Bd. I § 225 Note 15.
[114]) a. a. O. S. 198.
[115]) a. a. O. § 2.
[116]) a. a. O. § 64 S. 283.
[117]) a. a. O. § 4 S. 35.
[118]) a. a. O. § 332 Anmk. 3 I.
[119]) a. a. O. S. 113 Anmk. 7.

haus dem „debet“ . . . der Constantinischen Verordnung die Bedeutung von „potest“ bei, und findet auf solche Weise in der Kodexstelle lediglich die Ertheilung einer Befugniss zur Laudation. Uebrigens beziehe sich, — meint Emminghaus — das „debet“ nur auf „statim“. Falls nämlich Beklagter seinen Auktor benennen wolle, so müsse dies gleich zu Anfang des Prozesses geschehen. — Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Gleichstellung des Wortes „debet“ mit dem Verbum posse dem regelmässigen Sprachgebrauche ganz und gar nicht entspricht, und dass eine Vertauschung dieser beiden Begriffe ohne zwingende Gründe nicht vorgenommen werden kann. Des weiteren ist es m. E. willkürlich, das „debet“ der Konstitution lediglich mit „statim“ in Verbindung zu bringen. Mit ebensoviel resp. ebensowenig Glück liesse sich die Ansicht vertreten, „debet“ beziehe sich nur auf „in judicio.“ das heisst, wenn Beklagter nominiren wolle, so habe dies vor Gericht, nicht etwa aussergerichtlich zu erfolgen. Die Bedeutung des Wortes „debet“ in der L. 2 cit. kann nur die sein, dass es den ganzen Satz, an dessen Spitze es steht, und jedes einzelne Glied desselben beherrscht. Schliesslich beachte man noch den Widerspruch, der darin liegt, dass Emminghaus in der fraglichen Stelle im allgemeinen nur eine Berechtigung zur Nomination finden; falls aber der Beklagte sich hierfür entschieden hat, eine Verpflichtung zur sofortigen Benennung seines Auktors konstruiren will. Es geht doch wohl nicht an, einem und demselben Worte „debet“ in Bezug auf das „nominare“ eine fakultative, in Verbindung mit „statim“ dagegen imperative Bedeutung beizulegen.

Lässt sonach der Wortlaut der Lex 2 keinen ernsten Zweifel daran aufkommen, dass der beklagte Detentor seinem dominus gegenüber zur Nomination verpflichtet ist, so muss diese Vorschrift im Hinblick auf die ratio legis prinzipiell als eine innerlich gerechtfertigte bezeichnet werden, und es liegt desshalb keine Veranlassung vor, bei der Auslegung der eben besprochenen Stelle vom gewöhnlichen Sprachgebrauche abzugehen. Nicht ohne Grund wurde oben[120]) gesagt, dass das In-

[120]) Vgl. § 1 dieser Abhandlung.

stitut der Urheberbenennung auch im Interesse des dominus possessionis eingeführt wurde. Dieser ist, wie nochmals betont werden soll, in vielen Fällen, und namentlich da, wo dem Beklagten kein eigenes Recht an der Sache zusteht, allein oder doch zumeist am Ausgange des Rechtsstreites betheiligt, und es ist nur eine Konsequenz des in der Konstitution ausgesprochenen Grundsatzes der „humanitas", wenn der römische Gesetzgeber den Beklagten zur nominatio auctoris verpflichtet. Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, dass die Schaffung einer generellen, ausnahmslosen Verbindlichkeit über das Ziel hinausschiesst: die völlig gleichartige Behandlung des Miethers und Pächters einerseits, des Niessbrauchers und Emphyteuta andrerseits muss vielmehr als höchst bedenklich bezeichnet werden.

Wie über die Frage, ob der Beklagte zur Nomination nur berechtigt, oder auch verpflichtet ist, so entscheidet das Civilrecht auch über die Folgen, welche die Unterlassung der laudatio auctoris nach sich zieht. Ueber diesen Punkt gehen die Meinungen der Schriftsteller wenn möglich noch weiter auseinander. Es ist eine im gemeinen Rechte weit verbreitete, ja vielleicht die herrschende Ansicht, der Beklagte, welcher sich auf den Streit einlasse, ohne seinen Auktor zu benennen, sei als liti se offerens, als fictus possessor zu betrachten.[121]) Der Ausgangspunkt dieser Anschauung ist unschwer zu erkennen; dieselbe steht und fällt mit der Behauptung, dass die Eigenthumsklage nur gegen den juristischen Besitzer statthaft sei. Wir haben oben gesehen, dass die rei vindicatio und die anderen dinglichen Klagen gegen alle, „qui tenent et habent restituendi facultatem" angestellt werden können, und dass dem Detentor auch durch die L. 2 C. 3, 19 die passive Sachlegitimation bei den in Rede stehenden Klagen keineswegs benommen wurde. Es kann daher bei dem die Nomination unterlassenden Beklagten, so lange er nur überhaupt noch die Sache inne hat, von einer ficta possessio keine Rede sein.[122])

[121]) Vgl. Glück, Mittermaier, Wirsing, a. a. O.

[122]) Siehe Vangerow (a. a. O. I § 332 Anm. 3 I); Renaud (a. a. O. § 51 Note 4 und 7); Wetzell (a. a. O. § 7 Z. 3 Anm. 41).

Im Gegensatze zu der Ansicht von Glück und anderen Schriftstellern lehrt Bolgiano,[123]) dass die Unterlassung der rechtzeitigen Nomination nur die — rein prozessuale — Folge habe, „dass der Beklagte entweder gar nicht mehr aus dem Streite ausscheiden kann, oder doch nur dann, wenn er beweist, dass er blosser Detentor ist", — je nachdem man die eine oder andere Auslegung der L. 9 D. 6. 1 für die richtige hält. Emminghaus[124]) leugnet ebenfalls, dass die Nichtvornahme der Urheberbenennung für den Beklagten irgend welche Rechtsnachtheile im Gefolge habe. Das Richtige liegt in der Mitte. — Zunächst ist zuzugeben, dass es, wie Briegleb[125]) hervorhebt, keinen direkten Zwang gibt, um den faktischen Besitzer „zu Angaben über die Qualität des Besitzes überhaupt, und namentlich zu wahrheitsmässigen Angaben" zu veranlassen, und ihn von einer Streiteinlassung abzuhalten. Ebenso ist es richtig, dass die Verordnung Constantins für den Ungehorsam des Beklagten keine bestimmten Nachtheile ausspricht. Wollte man jedoch mit Emminghaus[126]) gerade aus diesem Schweigen des Gesetzes schliessen, dass keine Pflicht des Beklagten zur Nomination gegenüber seinem Auktor bestehe, so müsste man den Begriff der lex imperfecta aus der juristischen Terminologie streichen. Denn eine Legalverpflichtung behält ihren Charakter auch dann, wenn das Gesetz die Uebertretung nicht mit Rechtsnachtheilen bedroht. Immerhin darf aber als die Regel angesehen werden, dass das Gesetz da, wo es Gebote aufstellt, auch die Zuwiderhandlungen ahnden will, und so wird man mit Rücksicht auf die Interessen des Auktors, welche durch die L. 2 C. augenscheinlich gewahrt werden sollen, der Ansicht von Vangerow und Briegleb (a. a. O.) beipflichten, und eine Haftbarkeit des Beklagten für allen dem Auktor durch Unterlassung der Laudation entstehenden Schaden annehmen müssen. Wenn Emminghaus und Bolgiano meinen, dem Urheber könne hierdurch ein Schaden nicht erwachsen, da ja Beklagter noch immer den Streit verkünden, und Auktor

[123]) Handbuch Bd. I S. 260.
[124]) a. a. O. § 5 S. 450.
[125]) a. a. O. § 64.
[126]) a. a. O. § 5 S. 449.

als Intervenient beitreten könne, so ist dem zunächst entgegenzuhalten, dass, wie gezeigt, eine so weite Ausdehnung des Institutes der Streitverkündung noch dem Justinianeischen Rechte fremd war. Allein hiervon ganz abgesehen, ist es ein Irrthum, dass die Litisdenuntiation, auch wenn vor der Streiteinlassung erfolgt, stets im Stande wäre, die unterlassene auctoris nominatio zu ersetzen. Es lassen sich sehr wohl Fälle denken, bei denen es dem dominus possessionis nur durch die Benennung und die daraufhin erfolgende Prozessübernahme ermöglicht wird, seine Rechte in wirksamer Weise zu verfolgen oder zu vertheidigen. Ein Beispiel: Der Eigenthümer der litigiösen Sache hat nach Lage des konkreten Falles ein Interesse daran, seinen Miethsmann dem Gerichte als Zeugen zu produziren. Hierfür besteht kein Hinderniss, wenn letzterer die nominatio auctoris vornimmt, und der Urheber als Hauptpartei in den Prozess eintritt; denn der Beklagte hört alsdann auf, Prozesssubjekt zu sein. Unterlässt dagegen der Detentor die Nomination, und verkündet er nur seinem Auktor den Streit, so bleibt er Partei und kann in Folge dessen nicht als Zeuge vernommen werden. Hier vermag die Litisdenuntiation die Urheberbenennung nicht zu ersetzen, und wenn etwa der Prozess für den Auktor in Folge Verlustes des Beweismittels eine ungünstige Wendung nimmt, so ist der beklagte Detentor hierfür verantwortlich.

Das Preuss. Allg. Landrecht hat den Grundsatz von der generellen Verpflichtung des Beklagten zur Nomination aufgegeben. Es verpflichtet nur den Detentor, den „blossen Inhaber" zur Urheberbenennung und auch diesen nur dann, wenn „die Sache bei ihm von einem anderen in Anspruch genommen" wird,[127]) also nur im Falle der Vindikation der Sache. Diese Pflicht besteht aber sowohl gegenüber dem Kläger als gegen den Auktor, denn beiden wird der Beklagte „verantwortlich", wenn er die Nomination unterlässt.[128])

Wird der Miether oder Pächter in dem Genusse des Mieth- oder Pachtobjektes durch Thätlichkeiten dritter Per-

[127]) Allg. L.R. Theil I Tit. 7 § 165.

[128]) Allg. L.R. Theil I Tit. 7 § 166. Vgl. auch I 15 § 11; Förster-Eccius Bd. III § 180 Note 94.

sonen gestört, welche ein Recht an der Sache in Anspruch nehmen, oder wird der Miether und Pächter auf gänzliche oder theilweise Herausgabe der Sache, oder auf Anerkennung einer Dienstbarkeit belangt, so ist er nach französischem Rechte verpflichtet, seinen Auktor zur Gewährleistung aufzufordern — appeler en garantie — und ist, wenn er es verlangt, und den Vermiether oder Verpächter, in dessen Namen er besitzt, benennt, von der Instanz zu entbinden.[129]) Insoweit es sich hier um die Aufforderung zur Garantieleistung ausserhalb eines anhängigen Prozesses handelt, wird der Fall von der C.P.O. nicht berührt, und interessirt hier nicht. Das Institut der Garantieklage ist ebenso, wie jenes der Beiladung von der C.P.O. nicht rezipirt.[130]) Seiner in Art. 1727 C. c. ausgesprochenen Verpflichtung zur Erhebung der Garantieklage wird der auf Herausgabe der Sache belangte Miether und Pächter heute wohl dadurch genügen, dass er seinem Auktor den Streit verkündet. Die nominatio auctoris dagegen stellt sich nach Art. 1727 l. c. nicht als eine Pflicht, sondern als ein Recht des beklagten Miethers und Pächters dar.

§ 5.

Nach dieser Abschweifung auf das Gebiet des Civilrechtes kommen wir wieder zur Betrachtung der prozessualen Seite der nominatio auctoris zurück und haben an dieser Stelle zunächst Form und Zeitpunkt für die Geltendmachung der Urheberbenennung, späterhin die weitere Gestaltung des Prozesses nach geschehener Nomination ins Auge zu fassen.

Die Art und Weise, wie nach der L. 2 C. 3, 19 die Benennung und Citation des Auktors vor sich ging, wurde bereits oben im § 1 angedeutet.[131]) Die folgende Darstellung des

[129]) Art. 1727 Code civil; vgl. Zachariä-Dreyer: Handbuch des französischen Civilrechts, VII. Aufl., Bd. II §§ 309 Anmk. 2 und 366 Anmk. 14 und 15; Scherer, Rheinisches Recht, Bd. II § 162.

[130]) Motive S. 428 und 429.

[131]) Ueber das Ladungsverfahren der L. 2 C. cit. vgl. Wieding, der Justinianeische Libellprozess §§ 26, 27 und § 29 S. 637 ff., wobei jedoch stets die besondere Auffassung Wieding's von der L. 2 zu beachten ist; — s. auch Bolgiano, Handbuch S. 250 ff.

Verfahrens wird sich auf das geltende Recht beschränken, denn es könnte nur ein sehr geringes Interesse bieten, das Nominationsverfahren nach den einzelnen Prozessgesetzen kennen zu lernen. Je nachdem die Gesetzgebungen mehr von dem Grundsatze des Parteibetriebes oder mehr von der Offizialmaxime beherrscht werden, ist die Ladung des Nominaten bald dem Beklagten überlassen, bald geht sie vom Richter aus.[132]) Im Einzelnen sind die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ihrer rein formellen Natur wegen für die wissenschaftliche Betrachtung von untergeordneter Bedeutung.

In folgerichtiger Durchführung des Prinzips vom Prozessbetrieb der Parteien überträgt die C.P.O. die Ladung des benannten Urhebers dem Beklagten. Das Verfahren gestaltet sich nach § 73 Absatz 1 wie folgt:

1. Der Beklagte hat seinem Auktor den Streit zu verkünden. Die Litisdenuntiation vollzieht sich nach den Regeln des § 70 C.P.O. Der Vorschrift dieses Paragraphen, in dem zuzustellenden Schriftsatze „die Lage des Rechtstreites anzugeben" wird der Nominant in den meisten Fällen durch die abschriftliche Mittheilung der Klage genügen, da ja die Streitverkündung an den Auktor, wie alsbald näher darzustellen, vor der Verhandlung zur Hauptsache vorgenommen werden muss.

2. Der Urheber ist von dem Beklagten „zur Erklärung" zu laden. Die Punkte, auf welche sich diese Erklärung erstrecken soll, sind im Gesetze nur zum Theil aufgeführt. Nach § 73 Abs. 2 und 3 soll sich nämlich Nominat darüber erklären, ob er sich zu der von dem Beklagten behaupteten Auktorschaft bekennt oder nicht. Da jedoch die ganze Nomination nur den Zweck hat, die Uebernahme des Prozesses durch den Auktor

---

[132]) Richterliche Ladung kennen in Anschluss an L. 2 C. cit: A.G.O. (I. 17 § 36); Hann. Pr.O., jedoch nur im amtsgerichtlichen Verfahren (§ 40); Baden (§ 125); — Würtemberg (Art. 108, 1); — Hess. E. Art. 117; — Citation des Nominaten durch den Beklagten findet sich im: Hann. E. (§ 63); — Preuss. E. (§ 744, 1); — Nordd. E. (§ 113, 1). — Nach der bairischen Pr.O. (§ 75, 1) wird auf Antrag des Beklagten die „Beiladung des Benannten" vom Gerichte angeordnet, und ist alsdann vom Nominanten zu bewirken.

herbeizuführen, so muss weiterhin eine Erklärung des Benannten darüber verlangt werden, ob er bereit ist, den Prozess an Stelle des Nominanten zu übernehmen. Nach beiden Richtungen ist sonach der Auktor zur Erklärung aufzufordern. — Wie jede Ladung, so hat auch die des Nominaten auf einen bestimmten Termin zu erfolgen. Da scheint es denn das Nächstliegende zu sein, dass der Beklagte seinen Auktor in die erste zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites anberaumte Sitzung lade.[133]) Allein nach § 193 C.P.O. erfolgt die Bestimmung der Termine durch den Vorsitzenden. Dieser wird allerdings den Erklärungstermin regelmässig auf denselben Tag legen, an dem Termin zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites ansteht, nothwendig ist dies indessen nicht, und es wird, abgesehen von dem Falle, dass die betreffende Sitzung bereits mit anderen Sachen ausgefüllt ist, ein späterer Termin beispielsweise dann anzuberaumen sein, wenn der Ladungsschriftsatz erst kurz vor dem Verhandlungstermine bei Gericht eingereicht wird, so dass eine Ladung des Auktors nicht mehr thunlich erscheinen würde. Diese Möglichkeiten zeigen jedenfalls zur Genüge, dass die Vorschriften des § 193 C.P.O. nicht umgangen werden dürfen. — In Anwaltsprozessen ist der Nominat gemäss § 192 zur Anwaltsbestellung aufzufordern.

Die Aufnahme der Streitverkündung und der Ladung des Auktors zur Erklärung in einen Schriftsatz muss als zulässig, und im Interesse der Vereinfachung des Verfahrens und der Kostenersparung auch als zweckmässig bezeichnet werden.

Dem Beklagten wird 3. zur Pflicht gemacht, seinen Urheber dem Kläger zu „benennen". (§ 73, 1.) In welcher Weise dies zu geschehen habe, ob durch Schriftsatz oder durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung, ist streitig. Seuffert[134]) lässt dem Beklagten die Wahl, während Wilmowski-Levy[135]) und Gaupp[136]) Benennung durch Schriftsatz

[133]) Dies scheint die Ansicht Petersens (Kommentar Anmk. 3) zu sein.
[134]) Kommentar, Anmk. 3, c.
[135]) Kommentar, Anmk. 2, b.
[136]) Kommentar, Anmk. III c.

verlangen. Wilmowski-Levy gründen ihre Ansicht auf den Wortlaut des § 73, wonach die vor dem Verhandlungstermine nöthige Streitverkündung und Ladung schon „unter Benennung an den Kläger" zu erfolgen habe. Ein derartig prägnanter Sinn dürfte jedoch dieser Fassung kaum beizumessen sein. Die vom Gesetzgeber beliebte Ausdrucksweise scheint vielmehr lediglich eine Konzession an die Stilistik zu sein, um den ohnehin recht schwerfälligen ersten Absatz in eine etwas knappere Form zu bringen.[137]) Das Gesetz will offenbar nur einer Verschleppung des Prozesses vorbeugen. Aus diesem Grunde müssen — sofern Beklagter die Einlassung zur Hauptsache verweigern will, und ihm nicht schon in Folge Vorhandenseins anderweiter Vertheidigungsmittel, wie z. B. prozesshindernder Einreden, das Recht hierzu gesichert ist — Streitverkündung und Ladung des Auktors zur Erklärung vor dem ersten Verhandlungstermin schriftlich vorgenommen werden, da andernfalls stets eine Vertagung des Termins erforderlich würde. Nicht so bei der Benennung an den Kläger. Diese kann und muss dem allgemeinen Prinzipe der §§ 119, 128 zufolge im Verhandlungstermine mündlich erklärt werden,[137a]) ohne dass hierin eine Gefährdung der Rechte des Klägers zu finden wäre. — Kann sonach eine gesetzliche Verpflichtung des Beklagten zur schriftlichen Benennung an den Kläger zwar nicht anerkannt werden, so muss doch die Einhaltung dieser Form für die Nomination im Hinblicke auf die Vorschriften der §§ 120 ff. als wünschenswerth bezeichnet werden. Uebrigens soll nicht unerwähnt bleiben, dass der Kläger, auch wenn keine schriftliche Benennung des Urhebers stattgefunden hat, durch das diesbezügliche mündliche Vorbringen des Beklagten im Verhandlungstermine wohl niemals überrascht werden wird, da er ja durch die abschriftliche Mittheilung der Streitverkündungsschrift (§ 70, 2) bereits von den wesentlichen Behauptungen des Beklagten Kenntniss erlangt hat. Zu weit geht allerdings Fitting,[138]) wenn er meint, die Benennung

[137]) Vgl. § 113 Abs. 1 des Norddeutschen Entw.

[137a]) Vgl. Birkmeyer, Grundriss und Materialien zur Vorlesung über den ordentl. C.P. S. 133/134.

[138]) Der Reichscivilprozess; 7. Aufl. Berlin 1890, § 30 Anmk. 1.

an den Kläger liege schon in dieser abschriftlichen Mittheilung. Aus der Abschrift des Litisdenuntiationsaktes ersieht der Kläger nur, dass der Beklagte denjenigen, in dessen Namen er zu besitzen behauptet, zur Betheiligung am Rechtsstreite auffordert. Soll sich Kläger gefallen lassen, dass ihm jener Dritte demnächst als Prozesssubjekt gegenübergestellt werde, und dass Beklagter bis zur Erklärung des Auktors die Verhandlung zur Hauptsache verweigere, so hat er ein Recht darauf, dass ihm der Urheber förmlichst benannt werde, denn erst durch diese Benennung erfährt der Kläger, dass mehr als eine einfache Streitverkündung in Frage steht, dass eine Succession in die Beklagtenrolle nicht der blosse Beitritt des Auktors als Nebenintervenient beabsichtigt ist. Die förmliche Benennung an den Kläger bei der mündlichen Verhandlung wird nicht einmal von jenen Schriftstellern für entbehrlich gehalten, welche den Beklagten zu einer schriftlichen Nomination verpflichten.[139]) — Die von Gaupp (a. a. O.) noch weiterhin behauptete Verbindlichkeit des Beklagten, dem Kläger eine Abschrift der Ladung des Auktors zuzustellen, lässt sich aus dem Gesetze nicht ableiten. Eine solche Zustellung wäre auch vollständig überflüssig. Denn entweder fällt der Erklärungstermin mit dem ersten oder einem späteren Verhandlungstermine zusammen, — dann ist Kläger ohnehin zugegen und kann seine Rechte wahrnehmen, oder es ist ein besonderer Termin zur Erklärung des Auktors anberaumt, — dann liegen die in dem betreffenden Termine etwa stattfindenden Verhandlungen vorerst vollständig ausserhalb des Rechtsstreites und können den Rechten des Klägers in keiner Weise präjudiziren. Der Kläger mag in diesem Falle ruhig abwarten, ob im nächstfolgenden Verhandlungstermine der Benannte eine auf Uebernahme des Prozesses abzielende Erklärung abgibt und alsdann seine etwaigen Einwendungen — soweit zulässig — vorbringen. Doch hiervon später! — Es wurde bereits eingangs dieses Paragraphen betont, dass die C.P.O. es der Thätigkeit des Beklagten überlässt, seinen

[139]) Vgl. Wilmowski u. Levy a. a. O. Anmk. 2 b; Gaupp a. a. O. Anmk. III c.

Auktor zu zitiren. Die Rechtsvergleichung verlangt es, an dieser Stelle noch darauf hinzuweisen, dass dem Kläger nach dem geltenden Rechte keinerlei Einwirkung auf diese Thätigkeit des Beklagten ermöglicht ist, dass insbesondere der Beginn des Nominationsverfahrens von keiner vorgängigen Vernehmlassung des Klägers darüber, ob er die vom Beklagten behauptete Besitzesqualität anerkenne oder bestreite, abhängig ist. Nach fast sämmtlichen neueren Prozessgesetzgebungen ging der Citation des Urhebers die Benennung an den Kläger vorher, und nur, wenn dieser die Behauptungen des Beklagten bestritt, — nach einigen Gesetzgebungen erst auf besonderes Verlangen des Klägers [140]) — erfolgte die Ladung des Benannten. Diese Bestimmungen, welche zum Theil mit dem schriftlichen Verfahren zusammenhingen, haben in der R.C.P.O. keine Aufnahme gefunden. Selbstverständlich bleibt es dem Kläger unbenommen, nach erlangter Kenntniss von den Behauptungen des Beklagten und der Person des juristischen Besitzers vor, oder im ersten Verhandlungstermine, die Klage zurückzunehmen, und demnächst gegen den Auktor neu anzustellen, wodurch der Nomination die Spitze abgebrochen wird.

Nachdem wir im vorstehenden die Formalien der Benennung und Ladung des Urhebers kennen gelernt haben, ist nunmehr zu prüfen, in welchem Stadium des Prozesses die nominatio auctoris vorzunehmen ist. Für das römische und gemeine Recht ist diese Frage bestritten. Nach der L. 2 C. 3, 19 hatte die Benennung „statim in judicio" zu erfolgen. Während dies von der grossen Mehrzahl der Schriftsteller mit Recht dahin verstanden wird, dass der Beklagte sogleich, d. h. „beim ersten Auftreten vor Gericht," [141]) und jedenfalls „vor Einlassung auf die Klage," [142]) seinen Urheber benennen müsse, nimmt Gensler [143]) als eine Konsequenz der Verhandlungsmaxime für den Beklagten das Wahlrecht in Anspruch, „wo und wie er die laudatio auctoris zu seiner Vertheidigung benützen

[140]) So Hess. Entw. Art. 117; — Pr.O. für Baden § 125.

[141]) Wetzell, System § 7 Z. 3 vor Note 41.

[142]) Glück a. a. O. S. 199; Emminghaus a. a. O. § 6 S. 452 ff.

[143]) a. a. O. S. 436.

wolle," und Mittermaier[144]) ist wenigstens für das gemeine Recht der Ansicht, dass die Nomination „bis zur rechtskräftigen Entscheidung" vorgenommen werden könne, und dass Kläger gegen den beklagten Detentor, der den Prozess durchführte, „nur die Forderung auf Entschädigung wegen des vergeblichen Prozesses" habe. Die beiden zuletzt angeführten Ansichten sind um so unhaltbarer, als der klare Wortlaut des Gesetzes durch gewichtige innere Gründe unterstützt wird. Es kann dem Beklagten nicht gestattet werden, sich zunächst einmal auf gut Glück auf die Klage einzulassen, und, falls der Prozess eine für ihn günstige Wendung nimmt, denselben zu Ende zu führen, im entgegengesetzten Falle aber in letzter Stunde zur Abwendung einer ungünstigen Sentenz seinen Auktor zu nominiren, und dem Kläger einen anderen Gegner aufzudrängen. Der Kläger hat nach geschehener Litiskontestation ein Recht darauf, dass ihm der Gegner Stand halte, und kann, wenn er seine Klagebehauptungen erwiesen hat, auf Verurtheilung des Beklagten bestehen.[145]) Dazu kommt aber noch die billige Rücksichtnahme auf den Auktor. Wenn dem Beklagten die Befugniss zusteht, den Nominaten vor die Alternative zu stellen, ob er in den Rechtstreit eintreten, oder des Streitobjektes verlustig gehen will, so muss dem Auktor die Möglichkeit der Prozessübernahme zu einer Zeit geboten werden, wo er seine Rechte noch in vollem Umfange geltend machen kann. Dies war von besonderer Wichtigkeit für die Zeit der Herrschaft der Eventualmaxime, ist aber auch heute noch von Bedeutung, denn schon die Einlassung des Beklagten kann, — wie Wilmowski und Levy[146]) treffend hervorheben — „auf das Prozessresultat einen nachtheiligen Einfluss gehabt haben, dessen Folgen zu tragen dem dritten nicht zugemutet werden kann". In den neueren Landesgesetzen haben diese Gesichtspunkte nicht immer in vollem Umfange Berücksichtigung gefunden,[147]) dagegen hat die Reichsgesetzgebung durch

[144]) a. a. O. § 5 S. 410 ff.; siehe auch die bei Emminghaus a. a. O. S. 453 zitirten.

[145]) Emminghaus a. a. O.

[146]) Kommentar, Anmk. 1 a. E.

[147]) Dem Preuss. Entw. (§ 744) ist eine Beschränkung der laud. auct. in zeitlicher Hinsicht gänzlich fremd.

Schaffung einer Präklusivfrist für die Geltendmachung der Nomination die Interessen des Klägers und des Auktors in wünschenswerther Weise gewahrt, indem § 73 vorschreibt, dass Streitverkündung, Ladung und Benennung „vor der Verhandlung zur Hauptsache“[148]) vorzunehmen sind. Die Thätigkeit des Beklagten, soweit sie sich auf die Citation des Urhebers erstreckt, muss, wie schon angedeutet, bereits vor dem ersten Verhandlungstermine abgeschlossen sein, da eine unentschuldbare Säumigkeit des Beklagten keinen ausreichenden Grund zu einer Vertagung abgibt. Tritt dagegen im ersten Termine eine einfache Vertagung ein, ohne dass es zu einer kontradiktorischen Verhandlung gekommen wäre, so kann der Beklagte das Versäumte nachholen; das Gleiche gilt, wenn, bevor streitig verhandelt wurde, gegen den Beklagten oder gegen den Kläger Versäumnissurtheil ergangen und rechtzeitig Einspruch eingelegt ist.[149]) — Die Benennung an den Kläger muss zwar ebenfalls vor der Verhandlung zur Hauptsache vorgenommen werden, es genügt jedoch nach dem früher Gesagten die Nomination im Verhandlungstermine. Dabei braucht dieselbe nicht einmal nothwendig der erste prozessuale Rechtsbehelf zu sein, dessen sich der Beklagte bedient. Es können derselben, — wie in § 2 ausgeführt wurde, — die prozesshindernden Einreden,[150]) überhaupt alle Vertheidigungsmittel vorausgehen, deren Geltendmachung vor der mündlichen Verhandlung erfolgen muss oder kann.[151])

Ist die Urheberbenennung in richtiger Form und Frist vorgenommen, so erlangt der Beklagte das Recht, bis zur Erklärung des Nominaten, „oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat“, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern.[152]) Wenn Erklärungs- und

---

[148]) Ueber diesen Begriff vgl. die Ausführungen der Kommentare zu §§ 39, 247, 298 C.P.O.

[149]) Petersen, Kommentar Anmk. 3.

[150]) Petersen, die prozesshindernden Einreden und deren Verhältniss zu anderen Einreden. — Zeitschr. f. deutschen C.P. Bd. II S. 173.

[151]) Vgl. Seuffert, Kommentar Anmk. 2 zu § 39.

[152]) Der Preuss. Entw., welcher die Nomination nur als Streitverkündung auffasst, und dieselbe in jedem Stadium des Prozesses zulässt,

erster Verhandlungstermin zusammenfallen, wird es zur Inanspruchnahme dieser Befugnis kaum kommen; wenn dagegen der Erklärungstermin auf einen späteren Zeitpunkt bestimmt ist, so kann sich der Beklagte, vorausgesetzt dass er nicht zunächst prozesshindernde Einreden oder andere zulässige prozessuale Vertheidigungsmittel vorschützen will, auf die Benennung, und die Erklärung beschränken, dass er die Verhandlung verweigere. Beides ist zum Sitzungsprotokoll zu beurkunden, und die Sache sodann in die gleiche Sitzung, in der Erklärungstermin ansteht, oder in eine spätere zu vertagen. Der Kläger wird höchstens den Nachweis verlangen können, dass der Beklagte die Ladung des Laudaten veranlasst hat — Abschrift der Streitverkündung hat er ja bereits in Händen; — mit einer etwaigen Bestreitung der Behauptungen des Beklagten oder einem Verlangen nach Beweis derselben ist dagegen Kläger nicht zu hören, denn der Beklagte braucht nach der Civilprozessordnung nur zu behaupten, dass er im Namen eines Dritten besitze. Selbstverständlich ist auch der Kläger zu einem Beweise, dass der Beklagte entgegen seiner Behauptung juristischer Besitzer sei, weder verpflichtet, noch berechtigt, denn die Nomination ist keine Bestreitung der Passivlegitimation, wie dies alles oben in § 2 des näheren ausgeführt wurde. Ebenda wurde auch dargethan, dass die an die ordnungsmässige Nomination geknüpfte Befugniss zur Einlassungsverweigerung der Urheberbenennung nicht den Charakter einer prozesshindernden Einrede verleiht. Ob der Beklagte von seinem Rechte zur Verweigerung der Verhandlung

gibt dem Nominanten kein Recht, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Ebenso fehlt diese Befugniss in verschiedenen anderen Prozessgesetzen, auch soweit diese durch Wendungen wie: „statt der Beantwortung der Klaganträge", — „statt der Einlassung auf die Klage" — einen Zeitpunkt für die Benennung des Urhebers bestimmen; so hann. C.P.O (§ 40); hess. Entw. (Art. 116); bad. Pr.O. (§ 124) und bair. Pr.O. (Art. 74). — Der hann. Entw. (§ 62 Abs. 1) und die würt. C.P.O. (Art. 107. 1) berechtigen den Nominanten zur Einlassungsverweigerung, enthalten jedoch keine Bestimmung über die Dauer dieser Befugniss. — Die A.G.O. muss, da sie den Beklagten zur Nomination verpflichtet, folgerichtig die Einlassung auf die Klage mit Rechtsnachtheilen bedrohen (A.G.O. I 17 §§ 34 u. 35).

zur Hauptsache Gebrauch machen will, oder nicht, steht bei ihm, er wird sich aber vor Augen zu halten haben, dass, wie bemerkt, unter Umständen schon seine Einlassung auf die Klage den Interessen des Urhebers nachtheilig sein, und ihn dem Dritten verantwortlich machen kann.

Der Umstand, dass die form- und fristgerechte Geltendmachung der nominatio auctoris gewisse Rechtswohlthaten im Gefolge hat, legt die Frage nahe, inwieweit die im Vorstehenden erörterten Vorschriften der C.P.O. zwingender Natur sind, und ob und welche Folgen die Nichtbeachtung derselben nach sich zieht. Bei Beantwortung dieser Frage ist stets davon auszugehen, zu wessen Gunsten die einzelnen Vorschriften gegeben sind. — Die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form für die Streitverkündung und die Ladung zur Erklärung liegt im Interesse des Auktors. Da diesem für den Fall des Nichterscheinens und des Nichterklärens schwere Rechtsnachtheile drohen, so hat er ein Recht darauf, in absolut zuverlässiger Weise zu erfahren, um was es sich handelt, warum man seine Betheiligung an einem, zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite verlangt, welche Erklärungen er abgeben soll, und bis zu welchem Termine. Hat der Nominant die nach dieser Richtung erlassenen gesetzlichen Vorschriften nicht beachtet, so wird er im Nichterscheinungsfalle des Nominaten von der Befugniss des Abs. 2 des § 73 keinen Gebrauch machen dürfen, und wenn er es doch thut, eine Schadensersatzklage seines Auktors zu gewärtigen haben. Weil aber die auf die Streitverkündung und Ladung des Auktors bezüglichen Formvorschriften lediglich zum Nutzen des Letzteren aufgestellt sind, so kann der Nominat auf die Beobachtung derselben verzichten. Das Reichsgericht [153]) hat es für zulässig erklärt, dass der Auktor ohne vorausgegangene Streitverkündung und Ladung „aus freien Stücken oder auf aussergerichtliche Aufforderung des Beklagten“ im ersten Verhandlungstermine erscheint, sich als Auktor bekennt, und zur Uebernahme des Prozesses bereit erklärt. Der von dem Kläger aus

---

[153]) Urtheil des V. Civilsenats vom 30. Oktober 1888; — Entsch. d. R.G. Bd. XXII S. 393 ff.

der Unterlassung der Streitverkündung und Ladung hergeleitete Einwand wurde mit der Begründung verworfen, dass der Gesetzgeber keine „nutzlosen Formvorschriften“ habe einführen wollen, und dass durch das Vorgehen des Beklagten und des Auktors die Rechtsverfolgung des Klägers nicht nur nicht erschwert werde, sondern dass „im Gegentheile das Interesse des Klägers an möglichster Beschleunigung des Prozesses eine Förderung“ erfahre, „wenn der Beklagte, statt sich vorläufig auf Streitverkündung und Ladung des Auktors zu beschränken, das mehrere bewirkt, dass der Auktor sofort in dem mit ihm, dem Beklagten, angesetzten Verhandlungstermine, den Prozess übernimmt“. Die hier in Betreff der Streitverkündung und Ladung ausgesprochenen Grundsätze, müssen in gleicher Weise auch bezüglich der Benennung an den Kläger gelten. Die förmliche Nomination zu verlangen ist ein Recht des Klägers. Der Dritte wird durch die Unterlassung derselben nicht benachtheiligt, und kann nichts dagegen erinnern, wenn sich Kläger etwa mit einer formlosen Mittheilung des Beklagten begnügt. — An der rechtzeitigen Vornahme der Streitverkündung, Ladung und Benennung sind nach dem früher ausgeführten Kläger und Auktor interessirt. Aus dem Wortlaute des § 73 Abs. 1 ergibt sich ohne weiteres, dass die verspätete Vornahme dieser Prozesshandlungen oder auch nur einer derselben den Beklagten des Rechtes zur Einlassungsverweigerung beraubt. Der Kläger kann in diesem Falle auf Verhandlung bestehen, und bei passivem Verhalten des Beklagten den Erlass des Versäumnissurtheils beantragen. Allein damit nicht genug! Wie der Beklagte durch die in nützlicher Frist erfolgte Urheberbenennung ausser der Befugniss, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, noch weitere Vergünstigungen erwirbt, namentlich das Recht, den Prozess auf den Auktor abzuwälzen, resp. bei Renitenz des Letzteren dem Klagantrage zu genügen, so muss folgerichtig die Versäumung der Frist zur nominatio auctoris auch den Verlust dieser Befugnisse nach sich ziehen, mit anderen Worten, es wird durch die Nichtbefolgung der in Rede stehenden gesetzlichen Bestimmungen die Anwendbarkeit des § 73 Civil-

prozessordnung überhaupt ausgeschlossen.[154]) Der Beklagte kann dann allerdings noch seinem Auktor den Streit verkünden, allein ein Ausscheiden des Beklagten aus dem Rechtsstreite und eine Uebernahme des Prozesses durch den Litisdenunziaten ist nicht mehr möglich. — Die Frage, ob bei Einwilligung sämmtlicher Betheiligten auch nach erfolgter Verhandlung zur Hauptsache die Benennung des Urhebers mit den Wirkungen des § 73 statthaft sei, ist im Gesetze nicht beantwortet, wird aber in der älteren und neueren Litteratur allgemein bejaht.[155])

§ 6.

Das weitere Verfahren nach geschehener Nomination gestaltet sich je nach dem Verhalten des benannten Auktors verschieden. Dem Gange der R.C.P.O. folgend, soll in diesem Abschnitte zunächst der Fall behandelt werden, dass der Nominat die Behauptungen des Beklagten bestreitet, oder es unterlässt, eine Erklärung abzugeben. — Die Prozessgesetzgebungen zeigen in diesem Punkte eine auffallende Uebereinstimmung, indem der Beklagte bei Renitenz des Benannten fast durchweg berechtigt wird, durch Befriedigung des Klägers vom weiteren Rechtsstreite abzustehen, ohne hierdurch seinem Urheber verantwortlich zu werden.[156])

Gab der Nominat der durch die Constantinische Verordnung vorgeschriebenen zweimaligen Aufforderung, bei Gericht zu erscheinen, und sich auf die Klage einzulassen, keine Folge, so sollte der Richter die Sache summarisch untersuchen, und den Kläger in den Besitz des Streitobjektes einweisen. Dieses Urtheil äusserte jedoch keine Rechtskraftswirkung gegenüber dem benannten Auktor, vielmehr blieb diesem die Ausführung seiner Rechte in der Hauptsache vorbehalten. — Die L. 2 C. 3, 19 hat offenbar nur den Hauptanwendungsfall der nominatio auctoris: — die Anstellung der rei vindicatio — im

---

[154]) Seuffert, Anmk. 3; — Gaupp Anmk. III; — Hellmann § 75 S. 454/455.

[155]) Emminghaus a. a. O. § 6 S. 455; — Seuffert, Anmk. 3.

[156]) Nur die bad. Pr.O. ermangelt einer dahingehenden Bestimmung (vgl. § 127).

Auge; bei konfessorischen und negatorischen Klagen konnte es nicht zu einer Besitzeinweisung des Klägers kommen, da ihm ja sonst mehr zugesprochen worden wäre, als er selbst begehrte.[157]) Wie es für diese Fälle an einer gesetzlichen Regelung der den ausbleibenden Nominaten treffenden Rechtsnachtheile fehlt, so ist auch der Fall nicht vorgesehen, dass der Benannte zwar bei Gericht erscheint, aber die Behauptungen des Beklagten bestreitet. Es ist jedoch anzunehmen, dass der seine Qualität als Auktor ableugnende Nominat ebenso zu behandeln ist, als hätte er der Ladung keine Folge geleistet, oder eine Erklärung verweigert.[158]) Die summarische discussio negotii, welche der Besitzeinweisung des Klägers vorherging, erstreckte sich nur auf die Frage, ob die Voraussetzungen für die laudatio auctoris vorhanden waren, und ob der Urheber gehörig gerufen war; von einer Bescheinigung des klägerischen Rechtes konnte dagegen keine Rede sein, denn von Seiten des Beklagten lag ja keine Bestreitung desselben vor, und dem Laudaten blieben seine Rechte in der Hauptsache vorbehalten.[159]) — Das nach der L 2 C. cit. bei Renitenz des Nominaten eintretende Verfahren wird von Wetzell[160]) für das gemeine Recht als unzulässig bezeichnet, da die Folge der contumacia seit dem jüngsten Reichsabschied „nicht mehr in der translatio possessionis, sondern im einseitigen Beweis des Klagrechts" bestehen. Dieser Ansicht wird von Renaud[161]) und Bolgiano,[162]) wie ich glaube, mit Recht entgegengehalten, dass jene Neuregelung des Ungehorsamsverfahrens nur die Kontumaz des Beklagten betrifft, und speziell Bolgiano weist darauf hin, dass „ein späteres allgemeines Gesetz einem früheren speziellen nicht derogiren kann."

Einer durch die lückenhafte Fassung der Kodexstelle hervorgerufenen Kontroverse von weittragender Bedeutung ist in

---

[157]) Bolgiano, Handbuch S. 251 Anmk 4 b.

[158]) Bolgiano, Handbuch S. 252 a. M. Mittermaier a. a. O. S. 418.

[159]) Briegleb a. a. O. S. 289; Wieding, der Justinianeische Libellprozess § 23, S. 429 ff.

[160]) a. a. O. § 7 Z. 3 Anmk. 44.

[161]) Lehrbuch § 51 Anmk. 10.

[162]) Ges. Abhandlungen I S. 7 Anmk. 9.

diesem Zusammenhange noch Erwähnung zu thun: Es ist die Frage, ob der Beklagte beim Ausbleiben des Nominaten berechtigt ist, sich auf die Klage einzulassen, und den Rechtsstreit ohne den Auktor durchzuführen. Briegleb [163]) betrachtet dies als etwas selbstverständliches, Bolgiano [164]) dagegen spricht dem Nominanten diese Befugniss ab, und hält den Kläger bei erfolgloser Nomination für berechtigt, auf translatio possessionis zu dringen. Man wird der letzteren Ansicht, wenn auch mit Widerstreben, den Vorzug geben müssen; — mit Widerstreben, denn es leuchtet ohne Weiteres ein, wie überaus hart es für den Nominanten ist, das Streitobjekt, an dem ihm vielleicht weitgehende dingliche Rechte zustehen, ohne Verteidigung an den Vindikanten herausgeben zu müssen, nur weil sein Auktor ihn im Stiche gelassen hat; diese Schädigung seiner Interessen von dem Beklagten abzuwenden ist man umsomehr geneigt, als die L. 2 C. zu Gunsten des Auktors eine Pflicht des Beklagten zur Nomination statuirt. Allein die Fassung der Constantinischen Verordnung lässt die Übernahme der Sachvertheidigung durch den Beklagten nach erfolglos gebliebener Laudation als ausgeschlossen erscheinen. Nicht nur, dass in der ganzen Stelle diese Möglichkeit mit keiner Silbe erwähnt ist, — die Worte: „judex . . . . in possessionem rerum actorem mitti non differet" sprechen direkt gegen eine solche Annahme. Es war — wie schon früher angedeutet — vor der Verordnung vom Jahre 331 etwas unerhörtes, dass der Beklagte das Klagevorbringen mit der einfachen Verweisung des Klägers an seinen Auktor beantwortete; es erschien dem Gesetzgeber als eine dem Urheber auf Kosten des Klägers bewilligte indulgentia, dass dem Ersteren eine Frist zum Erscheinen und zur Übernahme des Prozesses getattet wurde, und desshalb sollte nach unbenütztem Ablauf der Frist ohne jeden weiteren Aufschub — „non differet" — translatio possessionis eintreten. Hierbei ging man wohl auch von der nicht immer zutreffenden Erwägung aus, dass es nicht in der Absicht des Nominanten liege, den Rechtsstreit fortzusetzen, wenn der

---

[163]) a. a. O. § 64 S. 284.

[164]) Handbuch S. 252 Anmk. 5.

zumeist in erster Linie interessirte Auktor hierzu keine Veranlassung finde.

Hier war also ein Punkt, in dem das römische Recht mit Rücksicht auf die Interessen des Beklagten entschieden verbesserungsbedürftig war. So wird denn auch in den neueren Prozessgesetzen seit der A.G.O. der Nominant ausnahmslos für berechtigt erklärt, sich auf die Klage einzulassen und den Prozess durchzuführen, wenn der Auktor nicht erscheint, oder eine Erklärung verweigert, oder seine Beziehungen zu dem Laudanten und zu der Streitsache in Abrede stellt.[165]) Auf der anderen Seite musste dem Beklagten, der keine eigenen Rechte zu vertheidigen hatte, die Möglichkeit belassen werden, sich vom Rechtsstreite zu befreien, ohne hierfür dem Auktor verantwortlich zu werden. Wo, wie in der badischen Pr.O. diese Befugniss fehlt, da ist das ganze Institut der Urheberbenennung ein rudimentäres. Das Recht des Nominanten, die Defension preiszugeben, wird in vielen Prozessgesetzen in der Weise ausgedrückt, dass derselbe zur „Ueberlassung des Besitzes.“[166]) resp. zur Herausgabe des Streitgegenstandes[167]) an den Kläger ermächtigt wird. Hier entsteht dieselbe Schwierigkeit wie im römischen Rechte, denn diese Bestimmungen passen sämmtlich nicht für Klagen, bei denen der Kläger den Besitz der Sache gar nicht beansprucht. Die Fassung der Pr.A.G.O. (§ 37 l. c.) ist in dieser Beziehung korrekter, indem hier zwischen Vindikationsklagen und Klagen, welche ein Realrecht betreffen, unterschieden wird; bei den ersteren soll der Beklagte, falls er „in Ansehung seines eigenen Interesse“ keine Erinnerungen vorzubringen hat, „zur Herausgabe der streitigen Sache an

[165]) A.G.O. I 17 § 37; — Hannöv. C.P.O. § 40 Abs. 3; — Hess. Entw. Art. 119, Abs. 1; — Baden § 127; — Würtemberg Art. 108, Abs. 2; — Baiern Art. 76 Abs. 2; — Hann. Entw. § 63 Abs. 2; — Preuss. Entw. § 744 Z. 2; — Nordd. Ent. § 113. Z. 2. — In der A.G.O. ist übrigens die Befugniss zur Fortsetzung des Rechtsstreites ausdrücklich an die Bedingung geknüpft, dass „der Beklagte und Nominant . . . bei der Forderung des Klägers in Ansehung seines eigenen Interesse noch etwas zu erinnern hat“.

[166]) So Hann. C.P.O.; Würtemberg; Baiern; — Hann. Entw. vgl. die in Note 165 citirten Stellen.

[167]) So Hess. Entw. Art. 119 Abs. 2.

den Kläger angehalten", bei den letzteren Klagen soll dem Kläger das in Anspruch genommene Realrecht „zuerkannt" werden. Bemerkenswert ist hierbei, dass nach der A.G.O. ebenso wie nach der L. 2 C. 3, 19 beim Ausbleiben des Nominaten der Rechtsstreit zwischen Kläger und Laudanten stets mit dem Erlass eines Urtheils endet, eine Bestimmung, die den übrigen Prozessgesetzen fremd ist. Ganz singulär ist die Vorschrift der A.G.O. (§ 37 a. E.), dass der Kläger vor diesem Urtheilserlasse „den Grund seines Anspruchs dem Richter wenigstens wahrscheinlich nachweisen" musste, auch wenn der Nominant den Klageanspruch nicht bestritt. Beide Bestimmungen finden ihre Erklärung in § 39 A.G.O., wonach das zwischen dem Kläger und dem Beklagten ergangene Urtheil auch dem ausgebliebenen Nominaten gegenüber rechtskräftig wurde. Hiervon wird alsbald eingehender zu sprechen sein.

In Uebereinstimmung mit dem Preussischen [168]) und Norddeutschen [169]) Entwurfe berechtigt die R.C.P.O. den Nominanten, „dem Klagantrage zu genügen", wenn der Benannte die Behauptung desselben bestreitet, oder sich nicht erklärt (§ 73 Abs. 2). Das Gleiche gilt unzweifelhaft dann, wenn der Auktor seine Erklärung in einer Form abgibt, die den allgemeinen prozessualen Grundsätzen nicht entspricht. Beispielsweise würde eine bloss schriftlich erfolgte Erklärung den im Erklärungstermine ausbleibenden Nominaten ebensowenig vor den Rechtsnachtheilen des § 73, Abs. 2 bewahren können, [170]) wie etwa eine schriftliche Klagebeantwortung den Erlass des Versäumnissurtheils abwenden würde, wenn der Beklagte im Verhandlungstermine nicht erscheint. Streitig ist es dagegen, ob der Nominant dem Klagantrage auch dann genügen darf, wenn der Benannte sich als Auktor bekennt, jedoch die Übernahme des Prozesses (§ 73, 3) ablehnt. In den Kommentaren von Gaupp, Wilmowski-Levy und Seuffert wird diese Frage verneint. Man wird sich jedoch mit Fitting [171]) und Mandry [172])

[168]) § 744 Z. 2.

[169]) § 113 Z. 2.

[170]) Vgl. die Leonhardt'sche Ausgabe der Hann. C.P.O. Note 7 zu § 40.

[171]) Der Reichscivilprozess § 30 S. 122/123 und Anmk. 3 daselbst.

[172]) Reichsgesetze (II. Aufl.) S. 367.

im Hinblick auf den Sinn des Gesetzes und namentlich auf die Bestimmungen des 3. Absatzes des § 73 der entgegengesetzten Auffassung anschliessen müssen. Der klar zu Tage liegende Zweck des ganzen Institutes der Urheberbenennung ist es, die Befreiung des alieno nomine possidens vom Prozesse herbeizuführen, und die Verwirklichung dieses Gedankens darf in dem einfachen Widerstande des Auktors kein Hinderniss finden. Grosse praktische Bedeutung hat übrigens die Kontroverse nicht, denn wenn für den Nominaten, der die Behauptungen des Beklagten zugesteht, wichtige Interessen auf dem Spiele stehen, so wird er von der Möglichkeit, den Prozess zu übernehmen, bereitwillig Gebrauch machen; auf der anderen Seite ist nicht anzunehmen, dass der Beklagte die Defension preisgibt, wenn der Angriff des Klägers sich gegen seinen eigenen Rechtskreis richtet.

Die Berechtigung des Nominanten, bei Renitenz des Urhebers dem Klagantrage zu genügen, bedarf keiner urtheilsmässigen Feststellung, wie nach der A.G.O. Beklagter hat vielmehr auf eigene Verantwortlichkeit hin zu prüfen, ob die Voraussetzungen, die ihn zur Befriedigung des Klägers berechtigen, vorhanden sind. Überhaupt kommt es, wenn der Beklagte beim Ausbleiben des Laudaten den Rechtsstreit nicht fortsetzen will, der Regel nach zu keinem Urtheile, denn das „dem Klagantrage genügen" ist als faktische Befriedigung des Klägers zu denken, die sich je nach der Art der erhobenen Klage verschieden gestaltet.[173]) Unter Umständen kann allerdings der Kläger Verurtheilung des Beklagten verlangen. So namentlich dann, wenn Erklärungs- und Verhandlungstermin in dieselbe Sitzung des Gerichtes fixirt sind. Mit dem Ablauf des Erklärungstermines, welcher stets besonderer Termin ist, und dem Verhandlungstermin voranzugehen hat,[174]) erlischt die Befugniss des Beklagten zur Einlassungsverweigerung, und der Kläger kann auf Verhandlung bestehen. Will aber der Beklagte, da der Nominat nicht erschienen ist, die Sachvertheidigung aufgeben, so bleibt ihm nur die Wahl, ob er den

[173]) Vgl. Seuffert Anmk. 4 a.

[174]) Gaupp a. a. O. Anmk. IV, 1.

geltend gemachten Anspruch anerkennen will, was seine Verurtheilung gemäss § 278 C.P.O. zur Folge hat, oder ob er Versäumnissurtheil nach § 296 gegen sich ergehen lassen will. Auf eine einfache Vertagung der Sache braucht sich Kläger nicht einzulassen, denn er hat keine Garantie, dass nicht etwa der Nominant das Versprechen, in der Zwischenzeit dem Klagantrage zu genügen, nur als Vorwand benutzt, um ihn, den Kläger, hinzuhalten. Wird aber eine solche Vertagung bewilligt, oder ist der Verhandlungstermin von dem Termine zur Erklärung des Laudaten zeitlich getrennt, so kann der Beklagte durch Befriedigung des Klägers vor dem Verhandlungstermine einer Verurtheilung entgehen, und sich auf diese Weise die durch die Erwirkung resp. den Erlass eines Urtheils erhöhten Anwalts- und Gerichtsgebühren ersparen.

Den Kläger nach erfolgloser nominatio auctoris zu befriedigen, ist ein Recht des Beklagten, keine Pflicht; unbestrittenermassen kann der Laudant beim Ausbleiben des Urhebers, auch ohne dass ihm eigene dingliche Rechte an der Streitsache zustehen, den Prozess fortführen. Ob er es thun will steht ganz bei ihm; der Kläger kann es nicht verhindern, der auctor laudatus hat kein Recht es zu verlangen, oder den Beklagten nachträglich verantwortlich zu machen, weil er dem Klagantrage genügt hat.[175]) Bei einer etwaigen Schadensersatzklage des Auktors würde der Beklagte mit Erfolg auf die vorgenommene Streitverkündung und Ladung, sowie auf die Nichterklärung oder Bestreitung des Auktors hinweisen können. Das Recht des Nominanten, den Prozess weiterzuführen, darf indessen selbstverständlich nicht als eine Befugniss zu frivolem Prozessiren aufgefasst werden; wenn der Beklagte von der Rechtmässigkeit der klägerischen Ansprüche überzeugt ist, so muss er dem Klagantrage genügen; der § 73 will den Detentor nicht von seiner Restitutionspflicht gegenüber dem Vindikanten befreien.[176]) Führt der Nominant den Rechtsstreit weiter,

---

[175]) Vgl. Entsch. d. R.G. vom 9. November 1883. — Jurist. Wochenschr. 1884 S. 8.

[176]) Vgl. die in der vorhergehenden Note citirte Entscheidung; — Wilmowski-Levy Anmk. 3 b.

so kann sich der Auktor an demselben als Neben-,[177]) unter Umständen auch als Hauptintervenient betheiligen.

Die Nichthaftbarkeit des Nominanten, der nach vergeblicher Nomination den Kläger befriedigt hat, wird in der A.G.O. ausdrücklich ausgesprochen; die A.G.O. geht aber noch einen bedeutenden Schritt weiter, indem sie dem zwischen Kläger und Nominanten ergangenen Urtheile Rechtskraftswirkung gegenüber dem Laudaten verleiht, vorausgesetzt, dass diesem die für den Fall seines Ausbleibens eintretenden Rechtsnachtheile bei Zufertigung der Nomination ausdrücklich bekannt gemacht wurden.[178]) Die R.C.P.O. kennt grundsätzlich keine Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung, und mit dieser Prämisse ist per consequentiam die Bestimmung des § 39 A.G.O. über die Rechtskraft des Urtheils gegenüber dem Nominaten beseitigt.[179]) Dem gemeinen Rechte war und ist eine Rechstkraftwirkung des Urtheils gegenüber dem auctor laudatus fremd,[180]) und die R.C.P.O. hat sich eines Eingriffes in das materielle Recht in dieser Beziehung enthalten. Man nimmt daher fast ausnahmslos an, dass das „Genügen" des Beklagten den Rechten des Nominaten nicht präjudiziren kann, und dass dieser befugt ist, dieselben in einer Klage gegen den ursprünglichen Kläger geltend zu machen. Eine abweichende Auffassung findet sich bei Eccius.[181]) Dieser Schriftsteller konstruirt aus der Berechtigung des Nominanten, dem Klagantrage zu genügen, ein Dispositionsrecht zum Nachtheile des Benannten, und behauptet, dass im Falle einer Verurtheilung des Beklagten der Nominat „auch in einem besonderen Prozesse nachmals nicht geltend machen könne, dass sein Recht das Recht des Klägers auf die Sache ausschliesse". Für diese

---

[177]) Entsch. d. R.G. vom 15. Oktober 1880; Jur. Wochenschr. 1881 Seite 4.

[178]) Theil I Titel 17 § 39.

[179]) Förster-Eccius: Preuss. Privatrecht Bd. III § 180 Anmk. 95; — Wismowski-Levy Anmk. 3 b. a. E.; — Seuffert Anmk. 4 a und die dort citirten.

[180]) Dernburg I § 225; Windscheid I § 197 Anmk. 6; Vangerow I § 332 Anmk. 3 I.

[181]) a. a. O. Bd. III § 180 Anmk. 95.

Theorie fehlt es im Gesetze an jedem Anhaltspunkte. Mit Recht hebt Schollmeyer[182]) hervor, dass es nicht angeht, dem Nominanten eine gesetzliche Vertretungsbefugniss zuzuschreiben, vermöge deren er durch Befriedigung des Klägers über die Rechte des Nominaten zur Sache disponiren könnte. Die beim Ausbleiben des Auktors für diesen eintretenden Rechtsnachtheile dienen ausschliesslich dem Interesse des Beklagten, indem sie seinem Verlangen, der Prozessführung durch den Nominaten enthoben zu werden, grösseren Nachdruck verleihen. Der angedeutete Zweck ist aber vollständig erreicht, dadurch, dass der Nominant berechtigt wird, dem Klagantrage zu genügen, ohne sich hierdurch dem Urheber verantwortlich zu machen. Hätte der Gesetzgeber durch die Bestimmungen des § 73, 2 eine doch nur im Interesse des Klägers gelegene Dispositionsbefugniss des Nominanten über die Rechte des Auktors statuiren wollen, so hätte es hierzu eines unzweideutigen Ausspruches bedurft; dies um so mehr, als die C.P.O. die Androhung der Versäumnissfolgen nicht vorschreibt, und somit durch die Sanktion einer Dispositionsgewalt des Laudanten im Sinne der Eccius'schen Theorie die Lage des Nominaten gegenüber dem Preussischen Rechte noch bedeutend verschlimmert haben würde.[183]) Zwei Erwägungen sind es namentlich noch, welche die in Rede stehende Ansicht von Eccius als höchst bedenklich erscheinen lassen. Das angebliche Dispositionsrecht des Besitzers im fremden Namen kann, wie Eccius selbst zugibt, seine nachtheiligen Wirkungen für die Rechte des Benannten nur dann äussern, wenn eine *Verurtheilung* des Beklagten erfolgt ist. Nun hängt es aber, wie bereits oben gezeigt, häufig ganz allein von dem Willen des Klägers oder des Beklagten, ja in gewissem Sinne von dem völlig nebensächlichen Umstande des Zusammenfallens resp. Auseinanderliegens von Erklärungs- und Verhandlungstermin ab, ob der Rechtsstreit zwischen Kläger und Nominant mit einem Urtheile endet oder nicht. Die gleichen Faktoren

---

[182]) Besprechung über die V. Aufl. von Förster-Eccius in der Zeitschrift f. deutschen C.P. Bd. XIV, S. 354 ff.

[183]) Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 355.

würden also auch über Fortbestehen und Untergang der Rechte des Nominaten zur Sache entscheiden — eine wahrhaft prekäre Lage! Und dann denke man sich schliesslich den Fall, dass der gehörig gerufene Urheber durch Naturereignisse, oder andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert wird, und dass infolge seines Ausbleibens im Erklärungstermine ein den Nominanten verurtheilendes Erkenntniss ergeht — dann würde die Eccius'sche Theorie den Auktor, ohne dass ihm ein Verschulden zur Last fiele, endgültig um seine, wenn auch noch so wohlbegründeten Rechte zur Sache bringen; denn auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand würde der Nominat vergeblich nachsuchen, weil eine solche gemäss § 211 C.P.O. nur einer Partei bei Versäumung einer Nothfrist gewährt werden kann, was beides im Fragefalle nicht zutrifft. Konsequenzen, wie die vorstehend geschilderten, sind aber, wenn irgend möglich, abzuwenden, und dürfen in keinem Falle durch künstliche Konstruktionen heraufbeschworen werden.

Unhaltbar ist auch die von Eccius aufgestellte Behauptung, aus der Litigiosität der Sache folge, „dass das Urtheil gegen den Auktor vollstreckbar ist, wenn er sie im Laufe des Prozesses, von dem er Kunde hat, von dem Beklagten erhält". Die Beendigung des Detentionsverhältnisses als eine Veräusserung im Sinne der §§ 236, 665 C.P.O. aufzufassen, oder eine Rechtsnachfolge des Auktors in solchem Falle anzunehmen geht in keiner Weise an.[184])

Die dem auctor laudatus auch nach der Befriedigung des Klägers durch den Nominanten, und nach dem Unterliegen des letzteren in dem mit dem Kläger durchgeführten Rechtsstreite verbleibende Möglichkeit, sein Recht zur Sache in einem neuen Prozesse gegen den Erstkläger zum Austrage zu bringen, schafft für den Kläger einen Zustand der Ungewissheit. Angenommen, der Kläger war mit der Eigenthumsklage aufgetreten, und der beklagte Besitzer in fremdem Namen hat nach erfolglos gebliebener Nomination dem Klagantrage genügt, oder ist in dem Rechtsstreite unterlegen, so erlangt

[184]) Frank: Besprechung von Schultzes „Vollstreckbarkeit der Schuldtitel" in der Zeitschr. f. d. C.P. Bd. XVII. S. 506; — Schollmeyer a. a. O

Kläger den juristischen Besitz der Streitsache. Solange er diese aber nicht ersessen hat, muss er stets einer Vindikationsklage des Nominaten gewärtig sein. Der Kläger wird daher bestrebt sein, eine Beendigung dieses Schwebezustandes herbeizuführen, und sein Eigenthumsrecht dem auctor laudatus gegenüber zur Anerkennung zu bringen; die Frage ist also die, auf welchem Wege dieses Ziel erreicht werden kann.[185]) Zunächst steht ausser Zweifel, dass eine neue Klage — Feststellungs- oder Leistungsklage — gegen den beklagten Detentor ebenso nutzlos wie unzulässig wäre. Denn der Nominant hat ja entweder die vindizirte Sache an den Kläger bereits restituirt, und damit stillschweigend dessen Eigenthumsrecht anerkannt, oder er ist zur Herausgabe und Anerkennung dieses Rechtes verurtheilt worden; in jedem Falle ist hiernach alles geschehen, was Kläger von dem beklagten Besitzer verlangen kann. Ebenso gewiss ist es, dass in dem gegen den Detentor anhängigen Rechtsstreite ein Kontumazialverfahren gegen den Nominaten unzulässig ist;[186]) denn dieser ist nur vom Beklagten zur „Erklärung", nicht aber vom Kläger zur Verhandlung über die Hauptsache geladen. Es kann daher nur eine neue Klage gegen den ausgebliebenen Nominaten zum Ziele führen. Die anzustellende Klage könnte aber, da Kläger den Besitz der Sache bereits erlangt hat, nicht die rei vindicatio, sondern nur eine Feststellungsklage sein. Alles dieses wird von Bolgiano nach verschiedentlicher

---

[185]) Nach dem Preuss. Entw. (§ 744) war der Kläger infolge der stattgehabten Nomination befugt, „die Klage auch gegen den Dritten zu richten, ohne Unterschied, ob dieser der Streitverkündung Folge leistet, oder nicht". Hierdurch war anscheinend die im Texte aufgeworfene Frage gelöst. Allein es entstand hier eine neue Schwierigkeit, wenn der Beklagte beim Ausbleiben oder Bestreiten des Dritten von seiner Befugniss, dem Klagantrage zu genügen, Gebrauch machte. Der Kläger gelangte auf diese Weise in den Besitz der Sache, und war nunmehr, wenn er bereits vorher die vindicatio auch gegen den Dritten gerichtet hatte, zu einer Aenderung dieser Klage genöthigt. Die Aenderung hätte aber nur einen Uebergang zur Feststellungsklage zum Gegenstande haben können, — ein Vorgang, dessen Zulässigkeit höchst zweifelhaft erscheint.

[186]) So ausdrücklich: Hann. C.P.O. § 40, Abs. 3; — Würtemberg Art. 108 Abs. 2; — Baiern Art. 76 Abs. 3; — Hann. Entw. § 63 Abs. 2.

Aenderung seiner Ansichten [187]) heute [188]) zugegeben. Bolgiano bestreitet jedoch die Zulässigkeit einer Feststellungsklage, da es an einer „Rechtsverletzung", und an einem „Prozessgegner" fehle, ausgenommen, wenn der Nominat das Eigenthum des Klägers bestritten habe. Allein Bolgiano übersieht m. E., dass die Zulässigkeit der Feststellungsklage nach Reichsrecht durchaus nicht nothwendig eine Rechtsverletzung zur Voraussetzung hat, sondern dass der § 231 C.P.O., soweit er hier in Betracht kommt, nur das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger richterlicher Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses verlangt. Ob diese Erfordernisse im einzelnen Falle vorliegen ist quaestio facti, die sich weder allgemein bejahen noch verneinen lässt. Aber das muss im Widerspruche mit Bolgiano behauptet werden, dass sich sehr wohl Fälle konstruiren lassen, in denen der in den Besitz des Streitobjektes gelangte Vindikant zu einer Feststellungsklage gegen den auctor nominatus gemäss § 231 berechtigt ist, auch ohne dass der Letztere sein Eigenthumsrecht bestritten hat. Hier ein Beispiel: Der ursprüngliche Kläger beabsichtigt die ihm vom beklagten Detentor restituirte Sache zu veräussern, und hat bereits einen Käufer gefunden. Da er diesem nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr den Sachverhalt kundgeben und ihn auf die zu erwartende Vindikationsklage des Nominaten aufmerksam machen muss, so wird sich der Kaufliebhaber, dafern er unter diesen Umständen überhaupt noch zum Erwerb der Sache gewillt ist, entweder nur zu einem weit geringeren Preise verstehen, oder er wird eine Verstärkung der gesetzlichen Garantie durch Sicherheitsbestellung verlangen. —

Nicht selten wird auch eine Feststellungsklage der einzige Weg sein, um den Eintrag ins Grundbuch auf den Namen des Klägers zu ermöglichen.

§ 7.

Wir haben nunmehr die rechtlichen Folgen zu betrachten, welche sich an die Abgabe einer, mit den Behauptungen

[187]) Vgl. Ges. Abhandlungen I S. 8 ff.; — Handbuch S. 252 u. 254.
[188]) Archiv f. civil. Praxis Bd. 76 N. F. Bd. 26 S. 319 ff.

des Beklagten übereinstimmenden Erklärung des Nominaten knüpfen. Die Reichscivilprozessordnung berechtigt in solchem Falle den Auktor, „mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozess zu übernehmen“ (§ 73 Abs. 3); — andrerseits ist der Beklagte nach Uebernahme des Rechtsstreites durch den Benannten „auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden“ (§ 73 Abs. 4). — Mit dem Versuche, diesen Bestimmungen eine richtige Auslegung zu geben, treten wir in die Erörterung der wichtigsten Frage in der vorliegenden Materie ein, denn die richtige Beurtheilung des prozessualen Vorganges der Prozessübernahme, sowie des Einflusses, den derselbe auf die Gestaltung der Parteiverhältnisse äussert, ist grundlegend für das Verständniss des ganzen Institutes der Urheberbenennung.

Passives Prozesssubjekt ist zunächst, und jedenfalls bis zur Uebernahme des Prozesses durch den Benannten, der beklagte Besitzer im fremden Namen, denn das Prozessrechtsverhältniss wird heute begründet durch die Klagerhebung; ein einseitiger Akt, die Zustellung der Klageschrift, eröffnet den Rechtsstreit, und macht den Angegriffenen zur Prozesspartei, auch ehe sich derselbe auf den Streit eingelassen hat.[189]) Der benannte Urheber steht vor der Prozessübernahme völlig ausserhalb des Rechtsstreites. Die von dem Beklagten ausgehende Ladung „zur Erklärung“ ist zweifellos nicht im Stande, den Urheber in die Parteistellung zu bringen,[190]) denn andernfalls bedürfte es ja keiner Erklärung desselben, es könnte ohne weiteres gegen den Nominaten verhandelt, und beim Ausbleiben desselben in contumaciam gegen ihn verfahren werden. Es ist nunmehr zu untersuchen, ob und in-

---

[189]) Kohler, der Prozess als Rechtsverhältniss § 6 S. 35; — darum ist es nicht richtig, wenn Wach (Vorträge über die R.C.P.O. S. 82) bezüglich des von der Klage entbundenen Detentors sagt, derselbe sei in die Parteirolle „wegen wirksamer Verweigerung der Einlassung in der That nie eingetreten“. — Vgl. gegen Wach auch Schwalbach: die Prozessvoraussetzungen im R.C.P. (Archiv f. d. civilistische Praxis Bd. 63 N. F. Bd. 13 S. 427 u. 428.

[190]) Schollmeyer, der Zwischenstreit unter den Parteien, I. Abth. § 13 S. 113/114.

wieweit die Prozessübernahme nach dieser Richtung eine Veränderung bewirkt. Die zur Zeit herrschende, und nahezu unwidersprochene Ansicht geht dahin, dass die Uebernahme des Rechtsstreites durch den Laudaten einen Wechsel der Prozesssubjekte auf der Beklagtenseite herbeiführe, dass der Auktor durch die Prozessübernahme die Beklagtenrolle mit allen Rechten und Pflichten übernehme, und somit zur Prozesspartei in des Wortes vollster Bedeutung werde, dass dagegen der Nominant aus dieser Stellung, und damit aus dem Rechtstreite überhaupt gänzlich ausscheide.[191]) Der juristische Vorgang der Prozessübernahme charakterisirt sich hiernach als eine „Succession in den Prozess,“[192]) und zwar als eine „rein prozessrechtliche Singularsuccession.“[193]) — In der That lassen die Bestimmungen der C.P.O. keine andere Deutung zu. Die Ansicht Fittings,[194]) der Beklagte höre „nicht eigentlich“ auf, Partei zu sein, sondern er werde „bloss von der Theilnahme an der Prozessführung frei, und rücksichtlich derselben praktisch wie ein Dritter behandelt,“ ebenso die Annahme Schultzes[195]), der ursprüngliche Beklagte bleibe, „wenn auch von der Klage entbunden, gleichwohl Prozesssubjekt,“ sind verfehlt, weil im Widerspruch mit Wortlaut und Geist des Gesetzes stehend.

1. Zunächst ist es mit dem allgemeinen Sprachgebrauche

---

[191]) Frank a. a. O. Bd. XVII S. 505/606; — Schollmeyer a. a. O. S. 113/114; — Dernburg Bd. I § 225; — Wach, Vorträge über die R.C.P.O. S. 82.

[192]) Kohler: Ueber die Succession in das Prozessverhältniss (Zeitschr. f. deutschen C.P. Bd. XII S. 97 ff.); — der Prozess als Rechtsverhältniss S. 97; — vgl. die Kommentare von Seuffert, Gaupp u. Wilmowski-Levy zu § 73.

[193]) Hellmann, Lehrbuch § 51 S. 243; im Gegensatze zu der „rein prozessrechtlichen Singularsuccession“ des § 73 C.P.O. unterscheidet Hellmann (a. a. O.) zutreffend eine „prozessrechtliche Singularsuccession auf Grund civilrechtlicher Singularsuccession“ (der Fall der §§ 236, 237, 238 C.P.O.), und endlich eine, „einen Wechsel der Prozessparteien ohne Succession bewirkende Intervention“ (§ 72 C.P.O.).

[194]) Der Reichscivilprozess § 30 bei Note 8.

[195]) Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen den Rechtsnachfolger § 1 S. 5 Anm. 3.

unverträglich, die Worte „an dessen — sc. des Beklagten — Stelle den Prozess zu übernehmen," anders zu verstehen als im Sinne einer translatio judicii, — eines Ueberganges der Beklagtenrolle vom Nominanten auf den Auktor. Der „Uebernahme" einer Verpflichtung oder einer Last auf der einen Seite steht auf der andern Seite nothwendig ein Befreitwerden gegenüber, das Eintreten an die Stelle eines anderen hat das Ausscheiden des letzteren zur Folge. Wo die C.P.O. von einer „Uebernahme" des Rechtsstreites spricht, da ist stets an eine Uebernahme als Hauptpartei gedacht,[196]) und es geht hiernach nicht an, dem Auktor, welcher den Prozess übernommen hat, nur eine „Betheiligung" am Rechtsstreite, etwa wie dem Nebenintervenienten zuzugestehen. Der Nominant bleibt nach der Prozessübernahme durch den Urheber ebensowenig Beklagter, wie der ursprüngliche Schuldner nach einer mit Einwilligung des Gläubigers erfolgten privativen Schuld„übernahme" seitens eines Dritten Schuldner bleibt. Das aus der Stellung des § 73 in Buch I Abschn. II Tit. 3 der C.P.O. von Fitting[197]) zur Begründung seiner Ansicht von der fortdauernden Parteiqualität des Nominanten entnommene Argument besitzt keinerlei Beweiskraft. Der zweite Abschnitt trägt die Ueberschrift: „Parteien"; der 3. Titel ist überschrieben: „Betheiligung Dritter am Rechtsstreite." Der Nominant ist von Anfang an Partei, der Auktor steht zunächst dem Rechtsstreite fern — er ist „Dritter"; er „betheiligt" sich dann am Prozesse, aber — im Gegensatze zum Haupt- und Nebenintervenienten — in der Weise, dass er den Prozess „übernimmt", und Partei wird. Dass der Nominat auch nach der Prozessübernahme die Stellung eines „Dritten", und der Laudant die Parteistellung beibehalte, kann doch angesichts des klaren Wortlautes des § 73 aus der Ueberschrift des dritten Titels nicht wohl gefolgert werden.[198])

---

[196]) Vgl. §§ 236, Abs. 2, 237 C.P.O.

[197]) a. a. O. Anmk. 8.

[198]) Wie wenig von derartigen formalen Beweisgründen zu halten ist, ergibt sich aus folgendem: Der 2. Titel der badischen Pr.O. enthält die Bestimmungen über Nebenintervention, Litisdenuntiation und Urheberbenennung, trägt aber die Ueberschrift „Von den Parteien". Wäre nun

2. Die nach der Prozessübernahme auf Antrag des Nominanten auszusprechende Entbindung von der Klage macht die Annahme von der Unveränderlichkeit der Prozesssubjekte vollends unhaltbar. Absolutio ab instantia und Fortbestehen des Prozessrechtsverhältnisses zwischen Kläger und Nominant — das sind Dinge, die sich nothwendig einander ausschliessen.

3. Die Bestimmung, dass das in der Hauptsache ergehende Urtheil auch gegen den Nominanten wirksam und vollstreckbar ist, erlangt Sinn und Bedeutung nur dann, wenn man in der Prozessübernahme eine Succession in den Prozess erblickt. Denn bliebe der Nominant nach wie vor Partei, so würde das Urtheil direkt für oder gegen ihn gefällt, und es bedürfte dann wahrlich nicht erst noch eines besonderen Ausspruches im § 73, dass die Entscheidung gegen ihn wirksam und vollstreckbar wird.

Mehr noch, als der Wortlaut des § 73 spricht die ratio legis für die hier vertretene Auffassung. Es wurde bereits früher des näheren dargethan, dass es Hauptzweck des Institutes der nominatio auctoris ist, dem beklagten Detentor — unabhängig von dem Verhalten des Benannten — die Befreiung vom Prozesse zu ermöglichen. Bei konsequenter Durchführung des Charakters der Nomination als einer Rechtswohlthat für den Beklagten musste die Gesetzgebung mit Nothwendigkeit in der Erreichung dieses Zieles ihre Hauptaufgabe erblicken. Die Rechtsvergleichung zeigt, dass die Prozessgesetze seit der A.G.O. einer befriedigenden Lösung dieser Aufgabe, wenn auch bisweilen mit recht unzulänglichen Mitteln, stetig zustreben, und die einschlägigen Bestimmungen der C.P.O. dürfen als der Abschluss dieser Rechtsentwicklung, als die Verwirklichung des angedeuteten Zieles angesehen werden. Den Nominanten der Möglichkeit zu berauben, nach Uebernahme des Prozesses durch den Auktor aus dem Rechtsstreite gänzlich auszuscheiden, wäre ein unverantwortlicher Rückschritt, der dem Institute der Urheberbenennung sein charakte-

die im Texte gewürdigte Beweisführung Fittings richtig, so müsste hier argumento e contrario die Folgerung gestattet sein, dass der Litisdenuntiat und Nebenintervenient durch ihre Beteiligung am Rechtsstreite Partei würden, was jedoch unzutreffend wäre.

ristisches Gepräge nehmen, und dasselbe zu einem von der gewöhnlichen Streitverkündung kaum unterscheidbaren Rechtsgebilde machen würde. Daran vermag die Behauptung Fittings, dass der Nominant durch die Entbindung von der Klage „von der Prozessführung frei, und rücksichtlich derselben praktisch wie ein Dritter behandelt" werde, nichts zu ändern. Bleibt der Nominant Partei, so obliegt ihm auch die Prozessführung, er ist also zur Abwehr eines Versäumnissurtheils genöthigt, in allen Verhandlungsterminen zu erscheinen, und zu verhandeln, und es könnte ihm nichts nützen, wenn der Benannte wirklich „für ihn, wie für sich gleich als sein unzertrennlicher Streitgenosse" den Prozess führen würde.[199]) Eine Vertretung der säumigen Partei durch eine nichtsäumige ist der C.P.O. nur in den Formen und unter den Voraussetzungen des § 59 bekannt, ein Fall der nothwendigen Streitgenossenschaft liegt aber bei der Urheberbenennung nicht vor. Bei alledem bleibt es unklar, wie Fitting die Stellung des Auktors nach der Prozessübernahme aufgefasst wissen will. Ist derselbe Partei oder nicht? Wenn nicht, so könnte ihm, abgesehen von dem bei der Nomination seltenen Falle der Hauptintervention, nur die Stellung eines Nebenintervenienten angewiesen werden, und zwar noch nicht einmal eines streitgenössischen Nebenintervenienten, da, wie gezeigt, die Rechtskraft der in dem Prozesse zwischen Kläger und Nominanten ergehenden Entscheidung auf die Rechtsverhältnisse des Auktors keinen Einfluss ausübt.[200]) Wir hätten dann die juristisch ganz unmög-

[199]) Fitting a. a. O.

[200]) Hellmann, Lehrbuch § 51 S. 244. — A. M. Petersen, Kommentar Anmk. 5. — Kohler: der Prozess als R.V. S. 97, und Zeitschr. f. d. C.P. Bd. XII S. 152. — Auch der Umstand, dass Nominat den Besitz der Streitsache verliert, wenn der Kläger mit einer gegen den Detentor angestellten Vindikatio obsiegt, macht den dem Rechtsstreite beitretenden Urheber nicht zum Intervenientstreitgenossen im Sinne des § 66 C.P.O., denn der Besitzverlust tritt nicht mit der „Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung", sondern erst mit der freiwilligen, oder erzwungenen Erfüllung der Judikatschuld durch den Beklagten ein, und wenn etwa der Beklagte das Streitobjekt vorher an den Auktor restituirt, so kann gegen den letzteren auf Grund des Urtheils nicht vollstreckt werden; auch die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den

liche Erscheinung, dass der Laudat mit seinem prinzipalen Rechte an der litigiösen Sache in die Stellung eines Nebenintervenienten, also eines Gehülfen der Hauptpartei gedrängt würde, und trotzdem für sich und die Partei zugleich den Rechtsstreit führen könnte, der Detentor aber, wenn auch jedes eigenen Rechtes zur Sache ermangelnd, Hauptpartei bliebe, aber im Effekt wie ein Dritter behandelt würde. Wollte man hingegen nach der Prozess„übernahme" sowohl dem Benannten wie dem Laudanten Parteiqualität zuerkennen, so wäre gar nicht abzusehen, nach welchen Grundsätzen der beiderseitige Rechts- und Pflichtenkreis abgegrenzt, die beiderseitige Befugniss zur Einwirkung auf den Fortgang des Prozesses normirt werden sollte. Die Annahme einer Streitgenossenschaft, die sich auch aus anderen Gründen, deren Erörterung hier zu weit führen würde, verbietet, erscheint schon von vornherein dadurch ausgeschlossen, dass der Nominant „praktisch wie ein Dritter" behandelt werden soll. Auch wäre, falls Nominant nach wie vor Prozesssubjekt bliebe, und von seinem aus dieser Stellung nothwendig resultirenden Rechte des Prozessbetriebes Gebrauch machen würde, kein Grund ersichtlich, warum das ergehende Urtheil nur in Ansehung der Sache selbst, nicht auch quoad Kosten gegen ihn wirksam und vollstreckbar sein sollte. (§ 73 Abs. 4 i. f.) —

Die vorstehenden Ausführungen dürften gezeigt haben, dass die Fittingsche Theorie in der Praxis zu einer unversiegbaren Quelle von Complikationen und Streitfragen würde. Zu befriedigenden Resultaten führt nur die Annahme, dass die Prozessübernahme durch den Laudaten einen Wechsel der Prozesssubjekte in der Person des Beklagten bewirkt. Der Nominat wird also durch die Prozessübernahme Partei, und zwar ist er kraft seines Eigentums oder seiner sonstigen civilistischen Rechte an der streitigen Sache sowohl Partei in dem Sinne von Anspruchssubjekt, Subjekt der res in judicium deducta, als auch, zufolge der Succession in das Prozessrechtsverhältniss „is, contra quem res in judicium deducitur", Partei

Urheber wäre unzulässig, da die Restitution keine Rechtsnachfolge im Sinne des § 665 darstellt (vgl. oben Note 184).

im Sinne der Oetkerschen Begriffsbestimmung.[201]) Aus diesem Zusammentreffen beider Qualitäten in der Person des in den Rechtsstreit eingetretenen Laudaten ergibt sich ohne weiteres, dass die sämmtlichen Folgen, welche die Rechtsordnung an die Parteistellung knüpft, für und gegen den Auktor eintreten, einerlei, ob dieselben civilistischer oder prozessualer Natur sind.[202]) Der Nominat kann sich daher — um nur einige besonders bemerkenswerte Wirkungen der Succession hervorzuheben — nach der Prozessübernahme zunächst aller prozessualen Rechtsbehelfe bedienen, die vor der Verhandlung zur

[201]) Stegemann (die Parteien im Prozess; — ein Beitrag zur Kritik des herrschenden Parteibegriffes. — Zeitschr. f. d. C.P. Bd. XVII. S. 326 ff.) weist nach, dass die herkömmliche Definition der Parteien als aktive oder passive Subjekte der res in judicium deducta nicht im Stande ist, gewisse Rechtserscheinungen des R.C.P. zu erklären. Dem Hausvater und Ehemann, welcher Prozesse um das Adventizgut des grossjährigen Haussohnes bezw. um das Frauengut führt, dem Konkursverwalter, dem Dispositionsniessbraucher, dem Cedenten einer litigiösen Forderung etc. — allen diesen Personen verleiht die Pr.O. unzweifelhaft Parteiqualität, obwohl dieselben nicht „Anspruchssubjekte" sind (S. 329—332). Zur Beseitigung dieses Widerspruchs hält Stegemann nach dem Vorgange Oetkers eine „Revision des überlieferten Parteibegriffes" (S. 328) und eine Definition der Parteirollen als „rem in judicium deducens" und „is contra quem res in judicium deducitur" (S. 357 ff.) für nothwendig. — Diesen Ausführungen wird man rückhaltlos beipflichten dürfen. Wenn dann aber Stegemann den Auktor, welcher an Stelle des Nominanten den Rechtsstreit übernommen hat, mit dem Cedenten einer litigiösen Forderung auf eine Stufe stellt, ihn nur als Partei in der zuletzt erwähnten Bedeutung ansieht, und als Anspruchssubjekt vor wie nach der Prozessübernahme ausschliesslich den ursprünglichen Beklagten gelten lassen will (vgl. S. 331, 378), so muss dem aufs entschiedenste widersprochen werden. Der in den Prozess eingetretene Nominat ist stets, und der Regel nach in weit höherem Masse als der ursprüngliche Beklagte Subjekt der res in judicium deducta. Nimmt er ja doch an der Sache, deren Herausgabe der Kläger fordert, das generellste Recht, das Eigenthumsrecht, in Anspruch, während der Laudant nur mehr oder weniger wichtige Einzelrechte zu schützen hat. Im Gegensatze zu dem Cedenten und Veräusserer des § 236 C.P.O. schützt und verfolgt der Auktor durch seine Prozessführung nicht ausschliesslich fremde Rechte sondern in erster Linie seine eigenen.

[202]) Anders da, wo das Prozesssubjekt und das Anspruchssubjekt verschiedene Personen sind, wie beispielsweise im Falle des § 236 C.P.O. vgl. Stegemann a. a. O. S. 360 ff.

Hauptsache zu erledigen sind: er kann von seinem etwaigen Rechte zur Ablehnung eines Richters Gebrauch machen, wobei die Ablehnungsgründe selbstverständlich in erster Linie den Beziehungen des Richters zu Kläger und Nominat, also zu den nunmehrigen Parteien entnommen werden müssen. Allein das in den §§ 41 ff C.P.O. zum Ausdruck gebrachte öffentliche Interesse an der Erhaltung des allgemeinen Vertrauens zu der Unparteilichkeit des Richterstandes muss auch die Ablehnung eines Richters aus Gründen rechtfertigen, die in Beziehungen des Richters zum ursprünglichen Beklagten liegen, da letzterer zufolge § 73, letzter Satz, von der zwischen Kläger und Auktor ergehenden Entscheidung unmittelbar betroffen wird. Der Laudat kann sich ferner nach erfolgter Prozessübernahme vorerst auf die Vorschützung prozesshindernder Einreden beschränken, es müsste ihm schliesslich wohl auch — ein allerdings schwerlich vorkommender Fall — die Vornahme einer weiteren nominatio auctoris verstattet werden. Bezüglich der Geltendmachung prozesshindernder Einreden seitens des prozessualischen Successors ist folgendes zu bemerken: die Rüge, dass die Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei (§ 247 Z. 5) ist zweifellos aus der Person des Successors, nicht des ursprünglichen Beklagten zu beurteilen, d. h. es ist zu prüfen, ob dem ersteren die Kosten des früheren Verfahrens erstattet sind. Dies ergibt sich unmittelbar aus der Parteistellung des Prozessübernehmers. Anders gestaltet sich die Sache bei der Inkompetenzeinrede, vorausgesetzt, dass dieselbe eine Bemängelung der örtlichen Zuständigkeit bezweckt, und dass nicht ein ausschliesslicher dinglicher Gerichtsstand begründet ist. Hier ist zu beachten, dass die Wirkungen der Litispendenz auf den Urheber übertragen werden, und dass „der Moment des Prozessrechtsgeschäftes" — also der Klagerhebung — „für die Kompetenz massgebend ist". [203]) Der Auktor kann daher, wenn er an dem forum domicilii des Nominanten den Rechtsstreit übernommen hatte, nicht verlangen, dass die Klage nunmehr ihm gegen-

[203]) Kohler: der Prozess als Rechtsverhältniss § 6 S. 36; — vgl. Wilmowski-Levy Anmk. 3 c; — Gaupp Anmk. IV. 5; siehe § 235 Z. 2 C.P.O.

über abgewiesen werde, weil er den Wohnsitz des ursprünglichen Beklagten nicht teilt.[204]) Hätte übrigens der Nominant, wie zulässig, bereits vor der Urheberbenennung prozesshindernde Einreden geltend gemacht, so würde dem auctor laudatus nach der Prozessübernahme ein solches Recht nicht mehr zustehen. Nach § 247 Abs. 1 C.P.O. sind prozesshindernde Einreden gleichzeitig vorzubringen — eine successive Geltendmachung innerhalb eines und desselben Rechtsstreites ist ausgeschlossen. Nunmehr beginnt aber mit der Prozessübernahme durch den Laudaten kein neuer Rechtsstreit, vielmehr tritt der Benannte in einen anhängigen Prozess ein, und succedirt vollständig in die Rechtsstellung des Beklagten. So wenig daher der letztere nach erfolgloser Nomination die vor derselben bereits verworfenen prozesshindernden Einreden wiederholen oder neue vorbringen könnte, ebensowenig ist nach Uebernahme des Rechtsstreites der Urheber hierzu befugt.[205])

Aus der Parteistellung des Nominaten nach der Prozessübernahme ergeben sich weiterhin folgende wichtige Konsequenzen: der Auktor kann sofort nach der Succession in den Rechtsstreit gegen den im Verhandlungstermine nicht erschienenen oder nicht verhandelnden Kläger das Versäumnissurtheil beantragen, hat aber auch auf der anderen Seite im Falle eigener Säumigkeit ein gleiches zu gewärtigen; einer vorgängigen Ladung des Auktors zur Verhandlung bedarf es nicht.[206]) — Die Zuschiebung und Zurückschiebung von Parteieiden hat fortan zwischen Kläger und Urheber zu erfolgen,[207]) und nur zwischen diesen beiden kann sich künftighin ein

---

[204]) Eine für den Kläger überaus harte Bestimmung enthielt der § 38 I 17 der Pr. A.G.O. Hier wird es für etwas selbstverständliches erklärt, dass, wenn Nominat „der Gerichtsbarkeit desjenigen Richters, bei welchem gegen den Nominanten geklagt worden, nicht unterworfen ist, . . . der Kläger die Sache bei dem kompetenten Richter des Nominaten, als nunmehrigen Beklagten, fortsetzen müsse".

[205]) Die Ausnahmen des § 247 Abs. 2 kommen natürlich auch dem Auktor zu Gute.

[206]) Gaupp Anmk. IV, 5.

[207]) Stegemann a. a. O. S. 360.

Zwischenstreit unter den Parteien abspielen;[208]) nach den Beziehungen zu Kläger und Urheber bemisst sich ferner das Recht eines Zeugen zur Verweigerung des Zeugnisses.[209]) — Will Kläger nach der translatio judicii eine Klageänderung vornehmen, so muss er sich der Einwilligung des Laudaten versichern. Uebrigens ist in solchem Falle „das Urtheil gegen den Beklagten nur soweit vollstreckbar, als der Antrag schon gegen ihn gerichtet war.[210]) Des weiteren tritt eine Unterbrechung des Verfahrens (§ 217 ff.) nach der Prozessübernahme nur beim Tode des Klägers oder Urhebers ein, während der Tod des ursprünglichen Beklagten ohne Einfluss auf das Prozessverfahren bleibt.[211]) Das Recht zur Erhebung einer Widerklage steht dem Benannten zu; — nur er und Kläger werden von der Pflicht zur Tragung der Prozesskosten betroffen.[212]) Was die Geltendmachung materiellrechtlicher Einreden anlangt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass nach der Succession in den Prozess solche Einreden dem Auktor aus seiner Person zustehen, denn er ist, wie bereits oben angedeutet, stets Subjekt der res in judicium deducta. Allein auch der Nominant bleibt trotz seines Ausscheidens aus dem Rechtsstreite Anspruchssubjekt, und darum können auch aus seiner Person Einreden civilistischer Natur entnommen werden.[213]) Dies gilt namentlich von der Kompensationseinrede in dem Falle, wenn der Kläger mit der Klage auf Herausgabe der Sache Ansprüche wegen Beschädigung derselben gegen den Nominanten verfolgt, und der Benannte den Rechtsstreit mit

---

[208]) Wilmowski-Levy, Anmk. 3 e; — Schollmeyer, Zwischenstreit S. 113/114.

[209]) Kohler, Zeitschr. f. d. C.P. XII S. 115; — Stegemann a. a. O. S. 360; — auch das Verhältniss des Zeugen zu dem ursprünglichen Beklagten kann in den Grenzen des § 349 Z. 1 von Bedeutung sein. (Kohler a. a. O.)

[210]) Bolze, Praxis des Reichsgerichtes Bd. II No. 1440 zu § 73 — I 257/85 vom 16. Januar 1886.

[211]) Frank, „Tod einer Partei" in der Zeitschr. f. d. C.P. Bd. XIII S. 210 ff.

[212]) § 73 letzter Satz — Kohler, Zeitschr. f. d. C.P. Bd. XII S. 114; — Stegemann a. a. O. S. 381.

[213]) Stegemann a. a. O. S. 381.

Einwilligung des Klägers auch bezüglich dieser letzteren Ansprüche übernommen hat. (§ 73 Abs. 3.) —

Der beklagte possessor hört mit der Uebernahme des Prozesses durch den Laudaten auf, Prozesssubjekt zu sein; er scheidet aus dem Rechtsstreite aus, und wird hierdurch der Prozessführung und überhaupt der Theilnahme an dem weiteren Verfahren überhoben. Da aber das in dem Rechtsstreite zwischen Kläger und Urheber ergehende Erkenntniss auch gegen ihn wirksam und vollstreckbar wird, so bleibt er auch nach seinem Ausscheiden „Prozessinteressent"; [214]) er kann um desswillen dem nunmehrigen Beklagten als Nebenintervenient beitreten, [215]) und zwar als Nebenintervenient im Sinne des § 66 C.P.O. Macht der Nominant jedoch von dieser Befugniss keinen Gebrauch, so besteht, da er nicht mehr Partei ist, die Möglichkeit, dass er in dem weiteren Verfahren als Zeuge vernommen wird; von einer Beeidigung wird allerdings wegen seiner unmittelbaren Betheiligung am Ausgange des Rechtsstreites abgesehen werden müssen. [216]) Der Umstand, dass die gegen den Auktor ergehende Entscheidung auch gegen den ausgeschiedenen Beklagten rechtskräftig wird, berechtigt diesen, die Abweisung einer von dem Kläger vor Erlass jenes Urtheils über den gleichen Anspruch von neuem gegen ihn angestellten Klage zu verlangen. Ebenso erwächst mit der Rechtskraft jenes Erkenntnisses für den Nominanten die Einrede der entschiedenen Sache, [217]) denn dass das Urtheil auch für ihn wirksam wird, ist die nothwendige Konsequenz der in Rede stehenden Bestimmung des § 73, 4.

Das Recht des auctor laudatus bei Anerkennung der Behauptungen des Beklagten den Prozess an Stelle des Nominanten zu übernehmen, ist kein unbedingtes; es ist vielmehr

---

[214]) Dernburg I § 225.

[215]) Vgl. Nordd. Protok. S. 173. — Frank, Zeitschr. f. d. C.P. XVII, S. 505.

[216]) § 358 Z. 4 in Verb. mit § 73 Abs. 4; — vgl. Seuffert vor § 338; — Hellmann, Lehrbuch § 82 S. 512; hierbei ist übrigens § 349 Z. 1 zu beachten.

[217]) Stegemann a. a. O. S. 379.

stets von der Einwilligung des Beklagten abhängig.[218]) Der Beklagte kann — ohne Angabe von Gründen — seine Zustimmung zur Prozessübernahme verweigern, und er wird sie versagen, wenn ihm selbst weitgehende dingliche Rechte an der in Streit befangenen Sache zustehen,[219]) vorausgesetzt, dass er in solchem Falle überhaupt eine nominatio auctoris vornimmt, und sich nicht auf die einfache Streitverkündung beschränkt. Stimmt der Beklagte der Uebernahme des Rechtsstreites nicht zu, so muss er sich nunmehr auf die Klage einlassen, und der weitere Prozess spielt sich zwischen ihm und Kläger ab. Für den Laudaten besteht alsdann nur die Möglichkeit, sich als Haupt- oder Nebenintervenient[220]) an dem Rechtsstreite zu betheiligen, ohne im letzteren Falle den Charakter eines streitgenössischen Intervenienten zu erlangen.[221]) Dem Kläger steht nur ein sehr beschränktes Einspruchsrecht gegen die translatio judicii zu. Selbstverständlich kann er geltend machen, dass die Natur der erhobenen Klage den Beklagten gar nicht zur Benennung seines Urhebers berechtige (vgl. oben § 3), oder dass die Nomination nicht in der richtigen Form und Frist vorgenommen sei (oben § 5.) Hiervon abgesehen bedarf es einer Zustimmung des Klägers nur „insoweit", „als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, dass der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt". (§ 73 Abs. 3). Hierunter sind Ansprüche in Betreff der causa rei zu verstehen,[222]) Ansprüche auf Herausgabe und Ersatz von Früchten, ferner Ansprüche wegen doloser oder kulposer Handlungen des Beklagten, insbesondere wegen Beschädigungen der Streitsache.[223]) Aus der Fassung des § 73 Abs. 3 ist zu entnehmen, dass, wenn

---

[218]) Es ist daher verfehlt, wenn Schollmeyer (a. a. O.) von einer „vielleicht erforderlichen Einwilligung des Beklagten" spricht.

[219]) Die Kommission zur Ausarbeitung des Nordd. Entw. setzte voraus, „dass bei eigenem Interesse des Nominanten er aus dem Prozesse nicht ausscheiden dürfe" (Nordd. Prot. S. 174).

[220]) Motive S. 428; vgl. Hellmann § 51 S. 244.

[221]) Vgl. oben Note 200.

[222]) Motive S. 428.

[223]) Mandry, Reichsgesetze S. 366; — vgl. Pr. A.G.O. I 17 § 40.

Kläger mit der Eigenthumsklage die Geltendmachung derartiger, vom Besitze des Beklagten unabhängiger Ansprüche verbunden hat, und sich bezüglich dieser Accessionen dem Ausscheiden des Beklagten widersetzt, der Auktor gleichwohl in den Rechtsstreit, soweit derselbe die Eigenthumsfrage betrifft, eintreten kann, wodurch alsdann eine Spaltung in zwei Prozesse herbeigeführt wird.[224]) Beim Einverständniss sämmtlicher Betheiligten ist jedoch eine Succession des Urhebers auch bezüglich der „unabhängigen Ansprüche" möglich, was zur Folge hat, dass Nominant vollständig aus dem Prozesse ausscheidet. — Andere Gründe, als die angegebenen, berechtigen den Kläger nicht, den Wechsel der Prozesssubjecte auf der Beklagtenseite zu verhindern, d. h. es kann ihm allerdings nicht verwehrt werden, Einwände verschiedenster Art gegen die translatio judicii vorzubringen, allein dieselben können nur in dem soeben angedeuteten Umfange von Erfolg begleitet sein.[225]) Insbesondere ist eine etwaige Bestreitung der Auktorschaft des Benannten niemals geeignet, die Prozessübernahme zu vereiteln. Widersetzt sich Kläger aus irgend einem Grunde der Uebernahme des Rechtsstreites, so entsteht ein Zwischenstreit; — ein Zwischenstreit nicht zwischen Kläger und Urheber, da, wie Frank[226]) treffend bemerkt, „die Fälle eines Zwischenstreites mit Dritten in der C.P.O. scharf abgegrenzt sind" — sondern ein Zwischenstreit zwischen Kläger

---

[224]) Vgl. Mandry a. a. O. S. 367. — In der Kommission zur Ausarbeitung des Nordd. E. konnte man sich über die Frage, ob eine theilweise Nomination zulässig sein sollte, nicht einigen, und sah von der Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung in dem Gesetzentwurfe ab. Von einer Seite wurde bemerkt, der Nominant habe, wenn neben dem Hauptrechte Accessionen eingeklagt seien, ein eigenes Interesse, dürfe also nicht aus dem Prozesse ausscheiden. (Nordd. Prot. S. 174.) — Die demnächst gewählte Fassung des § 113 Z. 3 Nordd. E. welche nachmals in den Abs. 3 d. § 73 C.P.O. übergangen ist, lässt übrigens, wie bemerkt, die Zulässigkeit einer theilweisen Nomination und Succession des Urhebers nicht zweifelhaft erscheinen. — Vgl. Gaupp, Anmk. IV. 3.

[225]) Vgl. Wilmowski-Levy, Anmk. 3 c.; Frank, Zeitschr. f. d. C.P. Bd. XIII. S. 211.

[226]) Zeitschr. f. d. C.P. Bd. XIII S. 211.

und Laudanten [227]) über die Frage, ob letzterer aus dem Rechtsstreite auszuscheiden, und die Beklagtenrolle dem Benannten zu überlassen berechtigt sei oder nicht, oder, wie Frank es ausdrückt, „ob dem Kläger das Recht zukommt, als Mitkontrahent an dem Abschlusse des prozessualen Vertrages theilzunehmen.“ Der Zwischenstreit ist durch Urtheil zu entscheiden, und zwar, je nachdem das Erkenntniss für oder gegen den Kläger ausfällt, durch Zwischen- oder Endurtheil. Wird der Widerspruch des Klägers als begründet erachtet, so spricht das Gericht aus, dass die translatio judicii, der Wechsel der passiven Prozesssubjekte, unzulässig ist. Diese Entscheidung hat, ebenso wie das Urtheil, durch welches prozesshindernde Einreden, oder andere prozessuale Vertheidigungsmittel verworfen werden, den Charakter eines Zwischenurtheils, und kann, da sie nicht ausdrücklich für selbständig anfechtbar erklärt ist, nur in und mit dem Endurtheile angegriffen werden. Der Nominant bleibt daher Partei, und ist zur weiteren Prozessführung genöthigt, dem Urheber steht zur Betheiligung am Rechtsstreite nur der Weg der Intervention offen. [228])

Wenn dagegen der Widerspruch des Klägers gegen die Prozessübernahme zurückgewiesen wird, so erklärt das Urtheil den Urheber zur Succession in den Rechtsstreit für befugt, und entbindet den Nominanten von der Klage (§ 73 Abs. 4). Diese Entscheidung ist, ebenso wie die Entbindung von der Instanz, welche, auch ohne dass ein Protest gegen die Prozessübernahme klägerischerseits vorliegt, auf Antrag des Beklagten auszusprechen ist, Endurtheil. Die Entbindung von der Klage beendigt den gegen den Nominanten eingeleiteten Rechtsstreit, sie löst das zwischen Kläger und Detentor hergestellte Prozessrechtsverhältniss und verweist den ersteren an den benannten Auktor. Aber auch nur dies. Die Rechtmässigkeit des klägerischen Anspruches bleibt bei der gemäss § 73 Abs. 4 er-

[227]) Schollmeyer a. a. O. S. 116. — a. M. mit Unrecht Hellmann § 62 S. 317.

[228]) Frank, Zeitschr. f. d. C.P. XIII S. 211; Seuffert, Kommentar, Anmk. 4 c.; derselbe: Zeitschr. f. d. C.P. Bd. VII S. 9 („Zur Kritik reichsgerichtl. Entscheid. aus dem Gebiete d. Pr. Rechts“.) Vgl. ferner die Kommentare von Wilmowski-Levy, Anmk. 3 c.; Gaupp, Anmk. IV. 4.

gehenden Entscheidung völlig ausser Betracht. Der Charakter als absolutio ab instantia schliesst jede Anerkennung oder Aberkennung des vom Kläger behaupteten Rechtes aus. Diese Fragen soll der Kläger mit dem Laudaten zum Austrag bringen, das Urtheil des § 73, 4 spricht ihm lediglich die Befugniss ab, gegen diesen Beklagten weiter zu prozessiren.[229]) In eklatanter Weise tritt hier der oben entwickelte Charakter des Instituts der Urheberbenennung zu Tage. Nicht weil es an einer prozessualen Voraussetzung fehlt, nicht weil materiellrechtliche Einreden die Geltendmachung des klägerischen Anspruches hemmen, nicht wegen mangelnder Passivlegitimation wird der Beklagte von der Klage entbunden, sondern weil es der Gesetzgeber für unbillig hält, dass dem an der Streitsache gar nicht oder nur in zweiter Linie Berechtigten die Last und Verantwortlichkeit aufgebürdet werden soll, die prinzipalen Interessen des ausserhalb des Rechtsstreites stehenden Auktors zu verfechten.

Da das die Entbindung von der Instanz aussprechende Erkenntniss Endurtheil ist, so kann dasselbe durch Rechtsmittel selbständig angegriffen werden. Bis zum Eintritt der Rechtskraft ruht daher das Verfahren vor dem zuerst angegangenen Gerichte, und der Rechtsstreit kann, sofern nicht Kläger ausdrücklich auf Berufung verzichtet, trotz Antrag nicht gegen den Auktor fortgesetzt werden. Nach beschrittener Rechtskraft kann von jeder Seite zur Verhandlung geladen werden.[230]) Nicht uninteressant ist es, das Schicksal der durch den Widerspruch des Klägers gegen die Prozessübernahme hervorgerufenen Entscheidungen in der Berufungsinstanz zu verfolgen: 1. Ist gegen ein auf Entbindung des Beklagten von

---

[229]) Vgl. die in Note 228 zitirten Schriftsteller; ferner: Wach, Vorträge S. 82; — Hellmann, § 62 S. 317. — Der Umstand, dass das gegen den Nominaten ergehende Urtheil auch gegen den ausgeschiedenen Beklagten wirkt, macht das Entbindungsurtheil nicht zu einer „auf die Streitsache bezüglichen Entscheidung", wie Schwalbach (a. a. O. S. 428) meint. — Die Annahme Fittings. (a. a. O. § 30) dass die Entbindung durch Zwischenurtheil auszusprechen sei, basirt auf der bereits oben widerlegten Ansicht, dass Beklagter nach wie vor Partei bleibe.

[230]) Frank a. a. O.; Gaupp, Kommentar a. a. O.

der Klage lautendes Urtheil Berufung eingelegt, und gelangt das Apellgericht zu einer mit der Auffassung der vorderen Instanz übereinstimmenden Beurtheilung des klägerischen Protestes, so ist die Berufung zu verwerfen, und das erste Urtheil zu bestätigen. Naturgemäss kann in diesem Falle der Prozess nun nicht vor dem Berufungsgerichte fortgesetzt, und von dem letzteren eine Entscheidung zur Sache gefällt werden. Dies wäre eine Verletzung des Instanzenzuges; denn der Rechtsstreit vor dem Untergerichte hat sich bis dahin einzig und allein um die Frage gedreht, ob Kläger die Succession des Auktors zu verhindern berechtigt ist. Nur über diesen Prozessstoff ist entschieden, nur auf diesen Punkt kann sich folglich auch der Devolutiveffekt erstrecken. Es ist sonach zweifellos eine weitere Verhandlung vor dem judex a quo erforderlich. Trotzdem erscheint eine Zurückverweisung der Sache an diesen nicht zulässig. Die Möglichkeit der Zurückverweisung ist an die Voraussetzungen der §§ 500 und 501 C.P.O. gebunden. Der § 500 schreibt, insofern eine weitere Verhandlung der Sache nothwendig ist, die Zurückverweisung in fünf bestimmt abgegrenzten Fällen vor, deren keiner in concreto gegeben ist; insbesondere kann auch die Ziffer 2 des § 500 keine Anwendung finden, da die Urheberbenennung nicht zu den prozesshindernden Einreden gehört. Der § 501 gestattet die Zurückverweisung, wenn das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel leidet. Dass dieser Paragraph dann nicht anwendbar ist, wenn das Entbindungsurtheil bestätigt wird, bedarf keiner Ausführung. Allein auch wenn der Berufungsrichter dem Beklagten im Gegensatz zu dem Gerichte der ersten Instanz die Befugniss versagt, aus dem Prozesse auszuscheiden, kann nicht aus § 501 zurückverwiesen werden, denn nicht das Verfahren ist in solchem Falle ein ungesetzliches gewesen, sondern nur bei der Urtheilsfällung ist ein Rechtsirrthum, eine unrichtige Anwendung des § 73 unterlaufen.[234]) Es muss daher angenommen werden, dass, ohne Unterschied ob das erstinstanzliche Urtheil bestätigt

[234]) Vgl. R.Ger. 18 III. 1883. Entsch. Bd. IX S. 325; a. M. Seuffert, zu § 501 Anmk. 2.

oder aufgehoben wird, mit der Rechtskraft der berufungsrichterlichen Entscheidung der Prozess ipso jure in die erste Instanz zurückkehrt, um hier entweder gegen den ursprünglichen Beklagten, oder gegen den Laudaten fortgesetzt zu werden, und dass gemäss § 191 jede Partei zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache laden kann.

2. Nun zu dem früher besprochenen Falle, dass der erste Richter die translatio judicii für unstatthaft erklärte. Dieses Urtheil ist, wie schon bemerkt, als Zwischenurtheil erst in und mit der Endentscheidung anfechtbar, also erst, nachdem der Rechtsstreit gegen den Nominanten durchgeführt ist. Erachtet die Apellinstanz dieses Urtheil als rechtsirrthümlich, so ist unter Aufhebung des angefochtenen Zwischen- und Endurtheils ohne Prüfung des sonstigen Prozessstoffes und ohne Entscheidung zur Sache auf Entbindung des Nominanten von der Klage zu erkennen. So selbst dann, wenn das Berufungsgericht der Ansicht sein sollte, dass die Prozessübernahme durch den Auktor auf den Prozessgang keinerlei Einfluss haben könne, und dass die Endentscheidung des ersten Richters materiell richtig und auch durch eine nochmalige Verhandlung der Sache zwischen Kläger und Nominat nicht umzustossen sei. Das Recht des Beklagten ist unter allen Umständen verletzt. Steht es einmal fest, dass ihm zu Unrecht die Entlassung aus dem Prozess verweigert wurde, so kann ihm, auch wenn das Endurtheil der vorderen Instanz zu seinen Gunsten lautete und voraussichtlich bestehen bleiben würde, nicht zugemuthet werden, die Last und das Risiko der Prozessführung noch weiter auf sich zu nehmen. Hatte dagegen der Kläger in der vorderen Instanz obgesiegt, und vermag aller Wahrscheinlichkeit nach die Succession des Urhebers hieran nichts zu ändern, so muss der Nominant, wenn er ungerechtfertigter Weise bisher im Prozesse festgehalten war, wenigstens vor den Prozesskosten bewahrt werden, die ihn als unterliegende Partei treffen würden. Desshalb absolutio ab instantia; aber auch hier keine Zurückverweisung der Sache aus denselben Gründen, wie vorhin angeführt. Vielmehr geht auch hier der Prozess ganz wie in den oben behandelten Fällen kraft Rechtens an den judex a quo zurück. Mit der Rechtskraft des von dem

Apellrichter erlassenen Entbindungsurtheils wird der Benannte mit rückwirkender Kraft Partei[232]) und zwar ist es so anzusehen, als wäre er dies in dem Momente der Verkündung des erstrichterlichen Zwischenurtheils geworden. Der ganze spätere Prozess war „Scheinprozess", er fällt in sich zusammen, und vermag den Rechten der nunmehrigen Parteien und des ausgeschiedenen Nominanten in keiner Weise zu präjudiziren.[233]) Kommt endlich die zweite Instanz mit dem Vorderrichter zu der Ueberzeugung, dass die Prozessübernahme des Benannten und die Entlassung des Nominanten aus dem Streite unstatthaft sei, so ist das angefochtene Zwischenurtheil durch gleiches Erkenntniss zu bestätigen, und es wird hierauf über die Berufung in der Hauptsache vor dem Apellrichter verhandelt.

Das Verfahren vor dem Revisionsgerichte bietet keine wesentlichen Schwierigkeiten. Gemäss § 528 ist die Sache bei Aufhebung des zweitinstanzlichen Urtheils regelmässig zurückzuverweisen. Ist der § 73 von dem Vorderrichter dadurch verletzt, dass der Widerspruch des Klägers gegen die Prozessübernahme mit Unrecht als begründet anerkannt, und der Antrag des Nominanten auf Entbindung von der Instanz abgelehnt wurde, so kann § 526 keine Anwendung finden. Die in der Hauptsache ergangene Entscheidung stellt sich in solchem Falle stets als eine unrichtige dar, weil der Rechtsstreit, auf Grund dessen sie erlassen ist, zwischen zwei Prozesssubjekten geführt wurde, von denen das eine — der Beklagte, nicht im Prozesse festgehalten werden durfte.[234]) —

Es wurde bereits oben der Wirkungen gedacht, welche der Eintritt des Benannten in den Rechtsstreit auf die Parteiverhältnisse äussert. Es wurde festgestellt, dass durch die Prozessübernahme des Auktors ein Wechsel der passiven Prozesssubjekte herbeigeführt wird, dass aber der Nominant trotz seines Ausscheidens aus dem Rechtsstreite zu Folge der Bestimmung des § 73 letzter Satz „Prozessinteressent" bleibt. Damit ist die Stellung des Laudanten und des Urhebers gegenüber dem Kläger präzisirt. Es erübrigt nur noch, auf das

[232]) Frank a. a. O.

[233]) Frank a. a. O.

[234]) S. oben S. 95.

Verhältniss zwischen Nominant und Nominat nach erfolgter Succession einen Blick zu werfen. Die in der Hauptsache ergehende Entscheidung ist auch gegen den Laudanten wirksam und vollstreckbar. Ist also der Urheber in dem Prozesse unterlegen und zur Herausgabe der vindizirten Sache an den Kläger verurtheilt worden, so kann auf Grund des Urtheils auch gegen den ursprünglichen Beklagten exequirt werden, und dieser kann nicht demnächst gegen den Kläger Ansprüche geltend machen, welche bereits Gegenstand der früheren Klage waren. Mit der Rechtskraft des gegen den Auktor erstrittenen Urtheils erwirbt der Kläger die exceptio rei judicatae auch gegen den ausgeschiedenen Nominanten. Die Rechtslage des letzteren wird also von dem Ausgange des Prozesses beeinflusst, der Nominant ist an die Prozessführung des Urhebers gebunden. — Wie erklärt sich diese eigenthümliche Erscheinung? Es ist das Verdienst Kohlers, für das Verhältniss des Benannten zum ausgeschiedenen Beklagten die juristische Konstruktion gefunden, und die Berührungspunkte mit ähnlichen Erscheinungsformen unseres heutigen Rechtes aufgedeckt zu haben. Kohler bezeichnet die Stellung des Auktors zum streitentlassenen Laudanten als „Prozessstandschaft", und definirt diesen Begriff als „civilistisches Verhältniss der einen Person zum Civilrecht einer anderen, kraft welchen Verhältnisses es der einen Person zusteht, einen Prozess zu führen, dessen civilistische Folgen auf die andere Person fallen, — also das Verhältniss, kraft dessen der eine sozusagen prozessweise über das Civilrecht des anderen walten darf," — „walten, nicht disponiren, denn der Prozess ist keine Disposition; aber die indirekten civilistischen Wirkungen treffen das Recht des Dritten wie eine Disposition; wesshalb die Prozessstandschaft häufig mit einem dispositionsrechtlichen Institute, z. B. dem Dispositionsniessbrauche verbunden ist". [235])

[235]) Kohler, Succession in das Pr.Verhältniss in der Zeitschr. f. d. C.P. XII S. 100 101; s. auch S. 152; — s. ferner Kohler: „Der Dispositionsniessbrauch" in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. XXIV. N. F. XII S. 319: „eine solche Prozessstandschaft ist nichts so ungewöhnliches — man denke nur beispielsweise an den auf Grund der laud. auct. herbeigezogenen Auktor, welcher nach Uebernahme des Prozesses die Sache mit

Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, dass Kohler unter dem Begriff „Prozessstandschaft“ verschiedenartige Rechtsgebilde zusammenfasst, und dass daher die oben wiedergegebene Definition nicht in allen Theilen auf die sämmtlichen Formen der Prozessstandschaft passt. Bei dem Dispositionsniessbraucher, dessgleichen bei dem Hausvater, welcher Prozesse um das Adventizgut des grossjährigen Haussohnes resp. um das Frauengut führt, hat die Prozessstandschaft ihren Grund allerdings in einem civilistischen Verhältnisse des Prozessstandschafters zu der ausserhalb des Rechtsstreites stehenden Person. Die Normen des Civilrechtes sind daher für diese Verhältnisse bestimmend; insbesondere gibt das Civilrecht die Grenzen an, innerhalb deren sich die Befugniss, über das Recht des Dritten prozessweise zu walten, äussern kann. Nicht so bei der Prozessstandschaft des § 73. Diese verdankt — ähnlich wie die Erscheinungsform des § 236 — lediglich prozessualen Zweckmässigkeitsgründen ihre Entstehung.[236]) Die Bestimmung des § 73 i. f. bezweckt Schutz des Klägers gegen die in dem Wechsel der passiven Prozesssubjekte liegende Gefährdung seiner Rechte. Die Verwirklichung des urtheilsmässigen Rechtes des Vindikanten auf Herausgabe der Sache soll nicht scheitern an der Unmöglichkeit der Zwangsvollstreckung gegen den im Besitze des Streitobjektes befindlichen Detentor, welcher ohne die Bestimmung des § 73, 4 nur auf Grund eines, im Wege neuer Klage zu erlangenden vollstreckbaren Titels zur Herausgabe gezwungen werden könnte. Das Prozessrecht bestimmt also, ganz unabhängig vom materiellen Rechte, dass das gegen den Auktor ergehende Urtheil auch gegenüber dem ursprünglichen Beklagten rechtskräftig wird. Das Prozessrecht zieht hiermit die Schranken, innerhalb welcher der Auktor mit rechtsverbindlicher Kraft für den Nominanten prozessualisch handeln kann. Das civilistische Verhältniss zwischen Auktor und Detentor bleibt ganz ausser Betracht. Durch die Uebernahme des Prozesses

der Wirkung weiterführt, dass der Beklagte gebunden wird — § 73 C.P.O. vgl. auch Kohler: „Ueber prozessrechtliche Verträge und Creationen“ in Gruchots Beiträgen Bd. XXXI S. 506.

[236]) Stegemann a. a. O. S. 343/344.

übernimmt der Laudat nur die Prozessführung für den Nominanten, das heisst, er erhält die Befugniss Prozesshandlungen mit Wirkung für den letzteren vorzunehmen. Die civilistischen Befugnisse des auctor nominatus erfahren durch die Prozessübernahme keine Steigerung. Akte civilistischer Natur, die der Laudat vornimmt, und die, wie Vergleich, Verzicht, und Anerkenntniss, nicht „Prozesshandlungen" sind,[237]) können darum auf die Rechtslage des entlassenen Beklagten nur insoweit von Einfluss sein, als dies auch abgesehen von der Succession des Benannten lediglich auf Grund des zwischen beiden obwaltenden Civilrechtsverhältnisses der Fall wäre.[238]) So verstanden, kann der Begriff der Prozessstandschaft unbedenklich auf die Urheberbenennung des § 73 angewendet werden.

Die vorstehenden Ausführungen dürften gezeigt haben, dass die Prozessübernahme weittragende Wirkungen in Bezug auf die Rechtsstellung der am Prozesse interessirten Personen äussert. Es erscheint daher nothwendig, den Zeitpunkt, in welchem, und den Akt, durch welchen sich die Succession in das Prozessrechtsverhältniss vollzieht, genau festzustellen. Diese Fragen wurden von Wilmowski-Levy,[239]) Gaupp[240]) und einigen anderen Kommentatoren kurz berührt, von Frank[241]) einer näheren Erörterung unterzogen. Wilmowski-Levy legen der mit Zustimmung des Beklagten in der mündlichen Verhandlung erfolgenden Erklärung des Benannten ausschlaggebende Bedeutung bei, und erblicken hierin den Zeitpunkt für die translatio judicii; bei einem Widerspruche des Klägers sehen Wilmowski-Levy den Uebergang der Beklagtenrolle mit der Rechtskraft des den Widerspruch zurückweisenden, den Beklagten entbindenden Urtheils, als erfolgt an. Gegen diese

---

[237]) Reichsger. vom 24. Juni 1887, Entsch. Bd. XIX 362 ff.; Wilmowski-Levy, Anmk. 2 zu § 52. Dortselbst sind auch die gegentheiligen Ansichten zusammengestellt.

[238]) Wilmowski-Levy, Anmk. 2 zu § 236; die dort entwickelten Grundsätze müssen auf den vorliegenden Fall entsprechende Anwendung finden.

[239]) S. 137 Anmk. 3 e.

[240]) Anmk. IV, 5.

[241]) Zeitschr. f. d. C.P. XIII S. 210 ff.

Ansicht besteht ein Bedenken. Nach dem Wortlaute des § 73 Abs. 3 zweiter Satz ist in gewissen Fällen, nämlich dann, wenn Kläger „unabhängige Ansprüche“ geltend macht, dessen Zustimmung direkt „erforderlich“; die Erklärung des Auktors und die Zustimmung des Nominanten allein sind also hier nicht im Stande, den Wechsel der passiven Prozesssubjekte zu bewirken, es bedarf, wie Frank treffend sagt, der Mitwirkung des Klägers an dem prozessualen Vertrage. Man wird also mit Frank annehmen dürfen, dass die Prozessübernahme, je nachdem die Einwilligung des Klägers nothwendig ist, oder nicht, im „Momente der Willenseinigung“ zwischen Nominant, Urheber und Kläger, resp. zwischen Nominant und Urheber allein erfolgt. Der prozessuale Vertrag kann übrigens nicht in Abwesenheit des Klägers im Erklärungstermine geschlossen werden. Der Termin zur Erklärung des benannten Auktors spielt sich nach dem oben ausgeführten lediglich zwischen Nominant und Urheber ab; der Anwesenheit des Klägers bedarf es nicht, derselbe braucht nicht einmal zum Termine geladen zu werden. Es können desshalb zwischen Laudat und Nominant keine Abmachungen im Erklärungstermine getroffen werden, welche die Interessen des Klägers zu gefährden geeignet sind. Formalismus dagegen wäre es, wollte man den Vollzug der translatio judicii im Erklärungstermine auch dann für unstatthaft erklären, wenn Kläger in dem Termine zur Erklärung anwesend, und mit dem alsbaldigen Abschlusse des prozessualen Vertrages einverstanden ist.[242]) Die wesentlichen Erklärungen sind in jedem Falle zum Sitzungsprotokoll zu beurkunden. Wird der Beklagte demnächst, ohne dass ein Widerspruch klägerischerseits erfolgt war, gemäss § 73, Abs. 4 von der Klage entbunden, so ist das betreffende Urtheil nur deklaratorischer Natur; es enthält den Ausspruch, dass Nominant aus dem Rechtsstreite ausgeschieden ist.[243]) War hingegen dem auf absolutio ab instantia lautenden Erkenntnisse ein Zwischenstreit vorhergegangen, so tritt die Succession in den Rechtsstreit mit der Rechtskraft des

---

[242]) So im Wesentlichen auch Gaupp a. a. O.

[243]) Schollmeyer, Zwischenstreit S. 113.

Entbindungsurtheils ein, welche jedoch, wenn die Entbindung erst in höherer Instanz erfolgt, und der Rechtsstreit bis dahin zwischen Kläger und Nominanten geführt worden war, zurückwirkt und den Prozess in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Erlass des Zwischenurtheils in erster Instanz befunden hat.[244]) —

Abweichend von der seitherigen Darstellungsweise wurde in diesem Abschnitte zunächst das geltende Recht behandelt und soll jetzt erst dem römischen Rechte, und den neueren Prozessgesetzen eine kurze Betrachtung gewidmet werden, eine Taktik, die bei der lückenhaften Fassung der L. 2, C. 3, 19 und der Verschiedenartigkeit der hier in Betracht kommenden Bestimmungen der neueren Prozessgesetze geboten erschien. — Wie sich nach römischem Rechte der Prozess bei erfolgreich vorgenommener Nomination gestaltete, das wird in der Konstantinischen Verordnung vom Jahre 331 nur mit wenigen Worten angedeutet: „actoris intentiones excipiat" (sc. auctor laudatus). Man hat nun diese Stelle vielfach so verstanden, dass der Nominat von dem Beklagten zum procurator in rem suam bestellt werde;[245]) man nahm ferner zwar an, dass eine Veränderung der Parteien in der Person des Beklagten eintritt,[246]) und dass der Nominant demzufolge von der Verpflichtung zur Uebernahme der Vertheidigung befreit werde, lehrte jedoch, dass der beklagte Detentor gleichwohl das „eigentliche" Prozesssubjekt bleibe.[247]) Andererseits proklamirt Kannengiesser[248]) als Grundsatz die „Unveränderlichkeit der Parteisubjekte", betrachtet nach wie vor dem Beitritte des Laudaten nur den ursprünglichen Beklagten als passives Prozesssubjekt, und will keine Befreiung des letzteren aus dem Vindikationsstreite zulassen. M. E. kann die fragliche Codexstelle nur dahin aufgefasst werden, dass der Auktor, wenn er der Benennung Folge leistet, und die Behauptungen des Laudanten

---

[244]) Frank a. a. O.; s. oben S. 95/96.

[245]) Renaud, Lehrbuch § 51 bei Anmk. 9; — Wetzell, System § 7 Z. 3 bei Note 40—43.

[246]) Bolgiano, Handbuch S. 251.

[247]) Wetzell a. a. O.; — Bolgiano, Handbuch S. 251 Anmk. 49.

[248]) Die prozesshindernde Einrede § 1 S. 12/13.

bestätigt, sich auf die Klage einlassen, d. h. den Prozess an Stelle des Beklagten übernehmen soll, wogegen dieser aus dem Rechtsstreite völlig befreit wird; mit anderen Worten, es tritt ganz wie nach der R.C.P.O. ein Wechsel der passiven Prozesssubjekte, eine Succession des Benannten in die Beklagtenrolle ein. Hierfür spricht schon der Wortlaut der L. 2 cit.; es spricht dafür Sinn und Zweck des Institutes der Urheberbenennung, es spricht dafür namentlich die Schwierigkeit, ja die Unmöglichkeit, die gegentheiligen Ansichten in der Praxis zur Durchführung zu bringen. Zur Begründung der hier vertretenen Auffassung kann ich mich einfach auf das beziehen, was oben bei Besprechung des geltenden Rechtes zur Bekämpfung der Ansichten Fittings und anderer Schriftsteller des Näheren ausgeführt wurde. Ob man nun dem aus der fälschlichen Voraussetzung der „inneren Einheit von Litisdenuntiation und Nomination“ [249]) geflossenen Grundsatze von der Unveränderlichkeit der Parteisubjekte huldigt, oder ob man einen Wechsel der Letzteren annimmt, und — übrigens ein logischer Widerspruch — den Nominanten trotzdem als das eigentliche Prozesssubjekt ansieht, das bleibt sich im Effekt ganz gleich; denn solange man den Beklagten nicht gänzlich aus dem Rechtsstreite ausscheiden lässt, so lange lassen sich für die Befugnisse des Laudanten und Auktors zur Einwirkung auf den Prozess keine festen Grenzlinien ziehen, und für das Verhältniss beider zum Kläger keine stabilen Grundsätze aufstellen. Dieser Erkenntniss vermag sich auch Kannengiesser nicht zu entziehen; er fühlt, dass die Stellung eines Nebenintervenienten, die er dem Auktor zufolge gleichmässiger Behandlung mit dem Litisdenuntiaten anweisen müsste, mit der „Vertheidigung des prinzipalen Rechtes, nämlich der eigenen Eigentumsberechtigungen bezüglich der Streitsache“ durchaus unverträglich wäre; Kannengiesser gesteht zu, dass es nicht angeht, den Urheber der Verfügungsgewalt des Interventen, betreffend „Vergleich, Verzicht, Anerkennung, selbst Eidesdelation“ zu unterstellen; es wird daher „das Dispositionsrecht

---

[249]) Kannengiesser a. a. O.; — vgl. hierüber das in § 2 dieser Darstellung Gesagte.

bezüglich der Streitsache" dem Benannten zugeschrieben, andererseits „auch der Hauptpartei ein Mitwirkungsrecht im Streite" offen gelassen, „sobald diese nämlich, eigener Zuständigkeiten am Streitobjekte wegen, gleichfalls materiell am Erfolg des Prozesses interessirt ist." „Hinreichend für die Umgrenzung der dem Detentor in solchem Falle einzuräumenden Stellung wird" — so meint Kannengiesser — „meist das Beispiel des accessorischen Intervenienten sein."[250]) Also auch hier dasselbe Resultat, wie es oben festgestellt wurde: Ein Nebenintervenient mit den Rechten einer Hauptpartei ausgestattet, die Hauptpartei aber im wesentlichen in die Stellung eines Nebenintervenienten gedrängt! Damit gelangten wir aber zu einer Konstruktion, die wir den Juristen Roms und Konstantinopels nicht imputiren dürfen. Wir hätten thatsächlich zu dem alten Rechtsstreite unzählige neue, — beim Vorhandensein widerstreitender Interessen auf Seiten des Nominanten und Nominaten ein endloses Certiren über prozessuale Rechte und Pflichten, das eine Beendigung des Hauptprozesses in unabsehbare Ferne rücken würde. Wollte hingegen der Detentor mangels eigenen Rechtes zur Sache dem Rechtsstreite fern bleiben, und die Sachvertheidigung ausschliesslich dem Nominaten überlassen, so wäre ihm dies wegen seiner Stellung als Hauptpartei nicht möglich, denn ein passives Verhalten hatte für die Prozesspartei nach römischem und gemeinem Rechte, ebenso wie heute, erhebliche Rechtsnachtheile im Gefolge. Es erübrigt noch, auf den Versuch, den Urheber als procurator in rem suam des Laudanten zu bezeichnen, mit einem Worte einzugehen. Eine nähere Erörterung würde zu tief in das Gebiet der Rechtsgeschichte führen. Es sei desshalb nur darauf hingewiesen, dass das Institut des procurator in rem suam der Unübertragbarkeit der Forderungen im alten römischen Rechte seine Entstehung verdankte, und dass es den Zweck hatte, eine Legitimation zur Sache da herzustellen, wo sie vorher nicht vorhanden war;[251]) der Auktor ist jedoch als

---

[250]) Kannengiesser a. a. O. S. 13—15.

[251]) Vgl. Windscheid Bd. II §§ 329, 331, 338. — S. auch Wach. Vorträge S. 82.

juristischer Besitzer den hier in Frage kommenden Klagen gegenüber stets passiv legitimirt. Namentlich aber kommt folgendes in Betracht: Das Wesen der Bestellung zum procurator in rem suam ist eine Vollmachtsertheilung, und diese könnte der Nominant zum Mindesten insolange widerrufen, als der Urheber nicht die Litiskontestation vorgenommen hat. Das würde aber gegen die Bestimmungen der L. 2 C. verstossen. Während heute der Laudant, auch wenn der Benannte erscheint, und zur Uebernahme des Prozesses bereit ist, seine Zustimmung versagen kann, war dies dem Detentor nach der Verordnung Konstantins nicht möglich, der einmal benannte Auktor konnte auch wider Willen des Beklagten an dessen Stelle den Prozess übernehmen.

Die Auffassung der translatio judicii in dem Sinne einer Prozessübernahme durch den Auktor als Hauptpartei, und eines völligen Ausscheidens des Beklagten aus dem Rechtsstreite hat denn auch bereits in der gemeinrechtlichen Litteratur,[252]) und ebenso in verschiedenen Entscheidungen höchster Gerichtshöfe[253]) Ausdruck gefunden. Dem Begriffe der rein prozessrechtlichen Singularsuccession, wie er für das heutige Recht als feststehend angesehen werden darf, kommt Renaud am nächsten, indem er sagt, durch die laudatio auctoris könne „ein einer Singularsuccession in die Rolle des Beklagten analoges Verhältniss" herbeigeführt werden.[254]) Gegen diese Auffassung polemisirt Kannengiesser[255]) und behauptet, dass eine Succession in die Parteirolle „nur als Konsequenz einer Rechtsnachfolge in das fragliche materielle Recht denkbar" sei, und dass „seit dem Wegfall des Litisdominium" . . . „das Einrücken des Nominaten in die Stelle des ausscheidenden Detentor sich juristisch nicht erklären lasse." Die Schwierigkeit ist eine selbstgeschaffene; gerade in dem starren Festhalten an dem vermeintlichen Grundsatze des gemeinen Rechtes, dass der

[252]) Vgl. z. B. Glück, Pandekten VIII § 586 S. 200; — Bethmann-Hollweg, Versuche S. 159 Anmk. 128.

[253]) Vgl. Kassationshof Wolfenbüttel-Seufferts Archiv X No. 118; O.A.G. Jena, Seuff. Archiv XIV No. 249.

[254]) Renaud, Lehrbuch § 51 S. 112.

[255]) a. a. O. S. 13 Note 7.

Wechsel der Parteisubjekte eine Veränderung bezüglich der Trägerschaft der civilistischen Rechte zur nothwendigen Voraussetzung haben müsse, liegt nicht zum kleinsten Theile die Ursache, warum viele gemeinrechtliche Schriftsteller zu keinem richtigen Verständniss der nominatio auctoris gelangen können, und derselben Wirkungen beilegen, die mit dem innersten Wesen des Institutes im Widerspruche stehen. Wenn oben der Nachweis gelungen ist, dass auch die römisch-rechtliche Nomination einen Wechsel der passiven Prozesssubjekte bewirkt, und wenn es andererseits ausser Zweifel steht, dass selbst im Falle einer Beendigung des Detentionsverhältnisses während des Prozesses durch Zurückgabe des Streitobjektes an den Auktor von einer Rechtsnachfolge in das materielle Recht keine Rede sein kann, so ergibt sich daraus mit zwingender Nothwendigkeit die Thatsache, dass schon dem römischen Rechte eine Succession in das Prozessverhältniss ohne Succession in das streitige Recht, also eine rein prozessrechtliche Singularsuccession bekannt war.[255a]) Dass es der gemeinrechtlichen Wissenschaft versagt blieb, den gesetzgeberischen Gedanken zu einer juristischen Konstruktion zu formen, berechtigt nicht, die Richtigkeit der vorstehend vertretenen Auffassung anzuzweifeln; stellt doch auch Kohler bei Entwickelung des Begriffes der Prozessstandschaft fest, dass bereits das römische Adventizienrecht Material zu der erst von ihm gefundenen Konstruktion bietet.[256])

Neben der Uebereinstimmung des römischen und heutigen Rechtes bezüglich der Wirkung der Prozessübernahme finden sich betreffs anderer Punkte bemerkenswerthe Verschiedenheiten in beiden Rechten. So kennt 1) die L. 2 C. 3, 19 keine Entbindung des Beklagten nach erfolgter Prozessübernahme; der Nominant scheidet also hier stets ohne Urtheil aus dem Rechtsstreite aus. 2) Es wurde bereits darauf aufmerksam gemacht, dass das Recht des benannten Auktors, in den Prozess einzutreten, nicht wie heute von der Zustimmung des

[255a]) S. auch die Nachweise bei Frank, Zeitschr. f. d. C.P. Bd. XIII S. 222 Anmk. 91.

[256]) Kohler: „Der Dispositionsniessbrauch“ in Iherings Jahrbüchern, Bd. XXIV, N. F. XII S. 320.

Laudanten abhängig ist. — 3) Die Frage, ob im Falle der Kumulation der Klage auf Schadensersatz etc. mit der dinglichen Klage eine theilweise Nomination zulässig sei, ist in der Constitution nicht beantwortet, und wird von den Gerichten ungleichmässig entschieden.[257]) 4) Die Codexstelle enthält keine dem letzten Satze des § 73, 4 entsprechende Bestimmung, jedoch scheint man im Laufe der Zeit die Vollstreckbarkeit des zur Restitution verurtheilenden Erkenntnisses auch gegen den ursprünglichen Beklagten angenommen zu haben.[258])

Von den hier einschlägigen Bestimmungen der neueren Prozessgesetzgebungen, deren Betrachtung wir uns nunmehr zuwenden, musste ein nicht unbedeutender Theil bereits oben bei der Behandlung des prozessualen Charakters der nominatio auctoris Erwähnung finden, und zwar um desswillen, weil sich gerade nach den Wirkungen, die das Gesetz an die Benennung des Urhebers knüpft, die prozessuale Natur dieses Rechtsbehelfes am sichersten bestimmen lässt. An dieser Stelle ist vorzugsweise zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen und Formen die einzelnen Prozessgesetze eine translatio judicii zulassen.

Die Fürstlich Hessische Pr.O. von 1724 verleiht in Tit. IV. § 14 der „exceptio nominationis," wenn sie vor der Litiskontestation opponirt ist, den „effectus judicii transferendi," falls sie dagegen erst nach der „Kriegs-Befestigung vorgebracht wird, nur den „effectus assistentiae in judicio". Von einem Widerspruchsrecht des Klägers gegen die Succession des Auktors wird nichts erwähnt. Der Umstand, dass die in Rede stehende Gesetzesstelle der „exceptio litis denuntiationis", einerlei ob solche vor oder nach der Streiteinlassung geltend gemacht wird, stets nur „effectus assistentiae in judicio" beilegt, ist ein deutlicher Beweis dafür, dass man zu jener Zeit weit davon entfernt war, Nomination und Litisdenuntiation zu identifiziren. Und diese Thatsache ist, da die Fürstl. Hess.

[257]) pro: Kassationshof Wolfenbüttel (Seufferts Archiv X No. 118) contra: O.A.G. Jena. (Archiv XVII No. 155) welches den Beklagten in solchem Falle nur zur Streitverkündung berechtigt erklärt.

[258]) Wetzell a. a. O. vor Note 44.

Pr.O. vollständig auf dem Boden des gemeinen Civilprozesses steht, für das Verständniss der Urheberbenennung nach der L. 2 C. 3, 19 von hoher Bedeutung.

Auch der Pr. A.G.O. ist eine Uebertragung der Beklagtenrolle auf den Nominaten innerhalb des anhängigen Rechtsstreites bekannt. Dieser Succession liegt jedoch ein ganz anderer Gedanke zu Grunde als der Prozessübernahme im Sinne der R.C.P.O. Während sich der Wechsel der Prozesssubjekte nach § 73 infolge eines zwischen Nominant und Nominat abzuschliessenden, der klägerischen Einwirkung fast völlig entzogenen, prozessualen Vertrages vollzieht, wird gemäss § 36 I. 17 der A.G.O der Kläger gleichzeitig mit der Benachrichtigung von der geschehenen Benennung, und bevor eine Erklärung des Laudaten eingeholt ist „angewiesen, die Sache gegen den Nominatum fortzusetzen." Nur wenn Kläger „Anstand nahm, sich diese Verweisung an den Nominatum so schlechterdings gefallen zu lassen", so musste der Urheber zur Erklärung darüber aufgefordert werden, „ob er sich zu dem Eigenthume der streitigen Sache bekenne, und in dieser Qualität sich mit dem Kläger einlassen wolle." Lautete die Erklärung über diese beiden Punkte bejahend, so war wiederum die Grundlage für eine Singularsuccession des Auktors gegeben, es musste dann „der Prozess zwischen dem Kläger und ihm gehörig fortgesetzt werden". (§ 37.) Eine Zustimmung des Nominanten war nicht erforderlich, dieser durfte sich „der Regel nach" nicht weiter auf den Prozess einlassen. Wohl aber konnte sich der Kläger auch jetzt noch gegen die Verweisung an einen anderen Gegner verwahren, und in solchem Falle musste gemäss § 41 über die Nomination verhandelt werden.[259])

Nach § 40 der Hannöv. Pr.O. war folgendes Rechtens: 1.) Wenn der Kläger alsbald nach erfolgter Nomination die Richtigkeit des beklagtischen Vorbringens einräumte, so kam es zu keiner translatio judicii; der Beklagte wurde vielmehr von der Klage entbunden, und Kläger mochte alsdann seine Ansprüche in einem neuen Rechtsstreite gegen den Laudaten

---

[259]) Vgl. hierüber oben Note 40.

geltend machen.[260]) Nur falls Kläger die Behauptungen des Beklagten bestritt, wurde der Benannte zur Erklärung zitirt. — 2) Wenn sich nun auch der Nominat zu der vom Beklagten behaupteten Auktorschaft bekannte, so war es trotzdem in den Willen des Klägers gestellt, gegen den Nominanten weiter zu prozessiren, und dadurch der nominatio auctoris jeden Effekt zu nehmen. In solchem Falle war dann der Benannte berechtigt, dem Beklagten als Intervenient beizutreten (§ 40 Abs. 2). Es konnte jedoch auch eine Uebertragung der Beklagtenrolle auf den Auktor im anhängigen Rechtsstreite, sowie eine Befreiung des Beklagten vom Prozesse stattfinden.[261]) Allein auch der Eintritt dieser Rechtsfolgen hing wieder ausschliesslich von dem Belieben des Klägers ab; — wollte er den anhängigen Rechtsstreit nicht mit dem Nominaten fortsetzen, so wurde der Laudant von der Klage entbunden, und es blieb dem Kläger überlassen, gegen den juristischen Besitzer eine neue Klage anzustellen.

Die in Betracht kommenden Bestimmungen des Hannöv. Entw., und der Württembergischen C.P.O. lassen sich wie folgt skizziren: 1) Gibt Kläger sofort nach erfolgter Nomination die Behauptungen des Beklagten als richtig zu: Entbindung des Beklagten von der Klage; 2) Im Bestreitungsfalle: Zitation des Benannten. 3) Bestätigt Laudat das Vorbringen des Beklagten, so kann Kläger gleichwohl gegen den letzteren weiter prozessiren, und dem Auktor bleibt dann nur die Möglichkeit der Nebenintervention; 4) Erkennt Kläger jetzt, nach erfolgter Erklärung des Urhebers, das Vorbringen des Nominanten als richtig an: Entbindung wie unter 1. — 5) Wird der Beklagte im Falle der Ziffer 1 oder 4 von der Klage entbunden, so bleibt es dem Kläger vorbehalten, gegen den Laudaten mittels neuer Klage vorzugehen, „wenn er sich mit dem Benannten über dessen Eintritt an die Stelle des Beklagten nicht vereinigt.“[262]) Die hier vorgesehene Succession des Auktors in das Prozessrechtsverhältniss vollzieht sich sonach im Wege

[260]) S. die Leonhardtsche Ausgabe der Hann. C.P.O. Note 4 zu § 40.

[261]) § 40 Abs. 2 und Note 6 hierzu.

[262]) Hann. Entw. §§ 63. 2 und 64; Württemberg, Art. 108 Abs. 2 u. 109.

einer vertragsmässigen Willenseinigung zwischen Nominat und Kläger.

Unzulässig ist ein Wechsel der passiven Prozesssubjekte nach dem Hess. Entw., der badischen und bayrischen Pr.O. — Im Uebrigen stimmen die Vorschriften dieser drei Gesetze mit den vorstehend besprochenen Bestimmungen des Hannöv. Entw. und der Württ. C.P.O. im Wesentlichen überein.[263])

Auch der preussische Entwurf legte es in die Hand des Klägers, den Detentor aus dem Streite zu entlassen, und sich an den Auktor zu wenden. Nach § 744 Ziffer 1 ist nämlich der Kläger befugt, „nachträglich die Klage auch gegen den Dritten zu richten, ohne Unterschied, ob dieser der Streitverkündung Folge leistet oder nicht." Nach Ziffer 3 l. c. ist der Beklagte „auf sein Verlangen durch Urtheil ausser Prozess zu setzen," wenn der Dritte seine Behauptungen bestätigt, und die Klage nachträglich gegen den Auktor gerichtet wird. Aus dieser letzteren Bestimmung ergibt sich ohne weiteres, dass, wenn Kläger trotz Bestätigung des beklagtischen Vorbringens durch den juristischen Besitzer die Klage nicht gegen diesen richtet, der Prozess gegen den ursprünglichen Beklagten seinen Fortgang nimmt. Aus den angezogenen Stellen folgt aber noch weiter, dass von einer translatio judicii, von einem Eintritt des Dritten in den anhängigen Prozess hier nicht gesprochen werden kann. Es wird vielmehr die schon gegen den Detentor anhängige Klage gegen den Urheber neu angestellt, und der Detentor ist alsdann befugt, die Beendigung des gegen ihn eingeleiteten Rechtsstreites zu verlangen. Würde er etwa von dieser Befugniss keinen Gebrauch machen, so bestünden zwei selbständige Prozesse neben einander. — Die Bestimmungen des Norddeutschen Entwurfes (§ 113 Z. 3) sind auch in den hier erörterten Punkten der R.C.P.O. konform. — Eine

---

[263]) Hess. Entw. Art. 118; Baden § 126; Baiern Art. 76 Abs. 1 und Art. 77. — Eine ganz singuläre, mit dem Grundgedanken des ganzen Institutes der Urheberbenennung im Widerspruch stehende Bestimmung enthält der Art. 76 der bair. Pr.O.: „Gibt der Benannte die Behauptung des Beklagten als richtig zu, so kann der Kläger demungeachtet den Rechtsstreit gegen den Beklagten fortsetzen, hat aber dann zu beweisen, dass dieser im eigenen Namen besitze." — S. hierüber oben § 2.

Rechtskraftswirkung des zwischen Kläger und Nominaten ergehenden Urtheils gegenüber dem ausgeschiedenen Beklagten statuiren von den neueren Prozessgesetzgebungen, welche der C.P.O. vorhergehen, nur der Preuss. und Nordd. Entwurf.[264]

Wenn die im Vorstehenden angestellte Rechtsvergleichung einen ungefähren Ueberblick über die mannigfaltigen Wirkungen, welche der nominatio auctoris in den verschiedenen neueren Prozessgesetzen verliehen werden, gegeben, und wenigstens im Allgemeinen gezeigt hat, welchen Einfluss diese Wirkungen auf die Rechtslage der einzelnen Interessenten äussern, so ist der beabsichtigte Zweck erreicht. Denn es darf alsdann im Hinblick auf die des Oefteren entwickelte Auffassung von dem Wesen der Urheberbenennung, und den Bedürfnissen, deren Befriedigung dieses Institut zu dienen bestimmt ist, ohne Weiteres die Behauptung aufgestellt werden, dass die Bestimmungen der R.C.P.O. sich als eine wesentliche Verbesserung der früheren Rechte darstellen, indem sie einerseits vor Allem die Position des Nominanten, dann aber auch die des Auktors bedeutend günstiger gestalten, andererseits dem Kläger die Sicherheit gewähren, dass ihm nicht nach siegreich durchgeführtem Rechtsstreite bei der zwangsweisen Realisirung seines urtheilsmässigen Rechtes der in der Person des Gegners erfolgte Wechsel hemmend in den Weg tritt. — Als ein gesetzgeberischer Missgriff wird es bisweilen bezeichnet, dass das Recht des benannten Urhebers zur Prozessübernahme, dem ein Widerspruch des Klägers nur in sehr engen Grenzen mit Erfolg entgegengesetzt werden kann, schlechthin von der Zustimmung des Nominanten abhängig gemacht ist. Allein in dieser Bestimmung zeigt sich evident der vom Gesetzgeber

[264]) Die Fassung des Preuss. Entw. (§ 744 i. f.) ist eine höchst bedenkliche. Der Kläger erwirkt „das Endurtheil" für „vollstreckbar" gegen den ausgeschiedenen Beklagten. Das Endurtheil entscheidet selbstverständlich auch über die Prozesskostenpflicht. Soll nun auch wegen der Kosten gegen den Detentor exequirt werden können? Dies wäre sehr unbillig. Und weiter! Das Endurtheil wird nur für „vollstreckbar" gegen den streitentlassenen Detentor erklärt. Soll es ihm hiernach freistehen, gegen diesen einen Rechtsstreit desselben Inhaltes, wie der eben zwischen Kläger und Auktor beendete, gegen den siegreichen Kläger zu beginnen ohne dass ihm die Einrede der entschiedenen Sache entgegenstünde?

konsequent durchgeführte Grundsatz, dass die laudatio auctoris, wenn auch nicht ausschliesslich, so doch in erster Linie die Interessen des Beklagten schützen soll. Sache der Landesrechte ist es, durch zweckmässige Gestaltung des civilistischen Verhältnisses zwischen Detentor und Auktor den ersteren von einer frivolen, den Auktor schädigenden Anwendung seiner prozessualen Rechte zurückzuhalten, und so ein wirksames Gegengewicht herzustellen.

§ 8.

Die in dem Rechtsstreite zwischen Kläger und Nominaten ergehende Entscheidung ist nach § 73, Abs. 4 C.P.O. bezüglich der Sache selbst auch gegen den ursprünglichen Beklagten wirksam und vollstreckbar. Die materielle und prozessuale Bedeutung dieses Satzes für das Verhältniss des ausgeschiedenen Laudanten zu Kläger und Auktor wurde bereits im vorhergehenden Abschnitte erörtert. An dieser Stelle ist nur noch zu untersuchen, an welche formellen Voraussetzungen die Ausführbarkeit der Zwangsvollstreckung gegen den aus dem Prozesse ausgetretenen Nominanten geknüpft ist. Nach § 671 C.P.O. ist die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung — abgesehen von dem Erforderniss der Zustellung des Urtheils — davon abhängig, dass Gläubiger und Schuldner in dem Urtheil oder in der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. Nunmehr bestimmt die C.P.O. weder, dass das Urtheil mit auf den Namen des Erstbeklagten zu stellen, noch dass derselbe in die Vollstreckungsklausel aufzunehmen sei. Dieses Schweigen des Gesetzes hat sehr verschiedenartige Ansichten über die vorwürfige Frage hervorgerufen. — Die Annahme der fortdauernden Parteiqualität des Laudanten trotz Entbindung von der Klage muss folgerichtig dazu führen, die Verurtheilung des ursprünglichen Beklagten neben dem Successor durch namentliche Aufführung im entscheidenden Theile des Erkenntnisses für nothwendig zu erklären.[265]) Ist aber, wie oben dargethan wurde, der Vordersatz unrichtig, so kommen auch die daraus gezogenen Konsequenzen in Wegfall. —

[265]) So Fitting a. a. O. § 30; — Schultze, Vollstreckbarkeit der Schuldtitel § 1 S. 5 Anmk. 3.

Frank[266]) hält es, obwohl er den Auktor nach der Prozessübernahme als alleiniges passives Prozesssubjekt ansieht, dennoch für zulässig, das Urtheil auf die Person des Erstbeklagten zu stellen, und findet die Rechtfertigung für diese Meinung in der Kohler'schen Prozessstandschaft. Ich vermag mich dieser Ansicht nicht anzuschliessen. Wenn Frank den Satz aufstellt: „Indem der Laudant seine Zustimmung zu der Prozessübernahme seitens des Laudaten gibt, erklärt er sich bereit, dessen Prozessführung für sich gelten zu lassen" — so ist dies mit Rücksicht auf § 73 Abs. 4 eine zweifellos richtige Anwendung des Begriffes der Prozessstandschaft auf das Verhältniss zwischen Nominant und Auktor nach der Succession; allein für die Lösung der Frage, ob der Name des ausgeschiedenen Nominanten in das Urtheil oder in die Vollstreckungsklausel einzusetzen sei, ist durch diesen Grundsatz nichts gewonnen. Gerade für einen anderen Fall der Prozessstandschaft, den Fall der §§ 236 und 238 schreibt die C.P.O. als Form für die Ausführbarkeit der Zwangsvollstreckung gegen eine ausserhalb des Prozesses stehende Person die namentliche Bezeichnung in der Vollstreckungsklausel vor (§ 665 C.P.O.) Andererseits kann aber auch die u. a. von Seuffert[267]) und Stegemann[268]) behauptete Anwendbarkeit des § 665 C.P.O. nicht anerkannt werden. Der § 665 macht die Erteilung einer vollstreckbaren Urtheilsausfertigung gegen eine andere Person als den im Urtheile bezeichneten Schuldner davon abhängig, dass auf Seiten des letzteren eine Rechtsnachfolge stattgefunden hat, und zwar entweder eine allgemeine, oder eine Singularsuccession durch Veräusserung der res litigiosa gemäss §§ 236, 238. Steht es hiernach fest, dass das Anwendungsgebiet des § 665 ein bestimmt abgegrenztes ist, und bedarf es andererseits keiner Ausführung, dass bei § 73 an eine Rechtsnachfolge des Nominanten im Sinne des § 665 auch nicht im entferntesten gedacht werden kann, so geht es nicht an, sich über den Wortlaut des § 665 einfach hinwegzusetzen,

[266]) Zeitschr. f. d. C.P. Bd. XVII S. 505/506.
[267]) Anmk. 5 c.
[268]) a. a. O. S. 367.

und insbesondere muss das von Stegemann aufgestellte Prinzip „dass die Prozessordnung für und gegen alle Personen, welche im Urtheile nicht namentlich bezeichnet sind, jedoch von dessen Rechtskraftwirkung ergriffen werden, den Weg des § 665 eröffnet“ als unannehmbar bezeichnet werden.

Den einfachsten, und m. E. richtigsten Weg zur Lösung der Schwierigkeit schlagen Wilmowski & Levy [269]) ein, indem sie lehren, dass von dem Gerichtsschreiber gemäss § 662, und auf Grund des § 73, Abs. 4 eine vollstreckbare Urtheilsausfertigung gegen den ursprünglichen Beklagten zu ertheilen sei. Die nach § 663 der Ausfertigung des Urtheils beizufügende Vollstreckungsklausel würde demnach etwa folgendermassen lauten müssen: Vorstehende Ausfertigung wird dem Kläger zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen den X — (Name des in den Prozess eingetretenen und im Urtheile bereits namentlich bezeichneten Auktors) — und auf Grund des § 73 Abs. 4 C.P.O. in Ansehung der Sache selbst gegen den Y — (Name des ausgeschiedenen Nominanten) — ertheilt. Auf diese Weise ist ohne künstliche Konstruktion und ohne dass irgend einer Gesetzesstelle Gewalt angethan wird, die praktische Durchführung des § 73 Abs. 4 ermöglicht. Eine vorgängige Anordnung des Vorsitzenden zur Ertheilung der Vollstreckungsklausel ist bei Anwendung des § 662 nicht erforderlich, erscheint auch durchaus entbehrlich. Denn im Falle des § 73, 4 können keine schwierigen Rechtsfragen, wie bei §§ 664/665 auftauchen, vielmehr kann es sich hier nur darum handeln, die Person des ursprünglichen Beklagten zu ermitteln, und hierzu wird der Gerichtsschreiber durch die zum Sitzungsprotokoll beurkundeten, auf Uebertragung der Beklagtenrolle abzielenden Erklärungen, durch das, den Nominanten entbindende Urtheil, und selbst in Ermangelung alles dessen durch einen Blick in die Klageschrift in den Stand gesetzt.

§ 9.

Schliesslich noch ein Wort zur Kostenfrage. [270]) Hier sind folgende Fälle ins Auge zu fassen: 1) Genügt der Nominant

[269]) Anmk. 3 c. a. E.

[270]) Vgl. hierüber die Kommentare von Gaupp (Anmk. IV, 7); —

gemäss § 73 Abs. 2 dem Klagantrage, so ist er, soweit nicht § 89 Platz greift, verpflichtet, dem Kläger die Prozesskosten zu erstatten. Ob der benannte Urheber für den hierdurch entstandenen Schaden aufkommen muss, hängt von den zwischen Laudant und Laudat bestehenden rechtlichen Beziehungen ab, und wird stets dann zu bejahen sein, wenn das bürgerliche Recht dem Beklagten die nominatio auctoris zur Pflicht macht. — 2) Führt der Beklagte mit dem Kläger den Rechtsstreit durch, sei es nun, dass der Auktor der Ladung zur Erklärung keine Folge geleistet, oder dass der Nominant in die Prozessübernahme des Dritten nicht eingewilligt hat, so treffen nach § 87 C.P.O. den unterliegenden Theil die Kosten des Rechtsstreites. Im Obsiegungsfalle des Nominanten sind diesem auch die durch die Urheberbenennung entstandenen Kosten vom Kläger zu ersetzen, soweit diese Kosten nothwendig im Sinne des § 87 C.P.O. waren. Eine solche Nothwendigkeit wird beispielsweise dann nicht anerkannt werden können, wenn Laudant trotz Bereitwilligkeit des Auktors zur Prozessübernahme den Rechtsstreit selbst durchgeführt hat; es können ihm alsdann nur diejenigen Kosten zugebilligt werden, welche auch durch die Vornahme der blossen Streitverkündung entstanden wären. Etwaige durch die laudatio auctoris entstandene Mehrkosten fallen dagegen dem Nominanten zur Last. 3) Von dem Augenblicke an, da Beklagter aus dem Prozesse ausscheidet, ist er nicht mehr Partei, es können ihn daher keine Kosten mehr treffen. Dies wird in der C.P.O. ausdrücklich anerkannt, denn der § 73 Abs. 4 lässt eine Vollstreckung des Urtheils gegen den Erstbeklagten nur „in Ansehung der Sache selbst" zu.[271]) 4) Zweifel können nur darüber entstehen, wer im Falle der Entbindung des Beklagten die bis dahin entstandenen Kosten zu tragen habe. Petersen, der sich mit dieser Frage eingehend beschäftigt, behauptet, der Laudant habe einen Anspruch auf Erstattung der nothwendigen Kosten einschliesslich der Benennungskosten gegen die im Streite über die Sache

Petersen (Anmk. 6); — Seuffert (Anmk. 4c.); — Wilmowski-Levy (Anmk. 3e und zu § 96 Anmk. 2); ferner: Hellmann, Lehrb. § 62 S. 317).

[271]) Die gegentheilige Ansicht Fittings (a. a. O. § 30 Note 10) steht im direkten Widerspruche mit dem Wortlaute des Gesetzes.

selbst unterliegende Partei. Er könne aber, obwohl er von der Klage entbunden werde, nicht verlangen, dass Kläger ihm seine Kosten sofort bei seinem Ausscheiden ersetze, und Gefahr laufe, solche zu verlieren, wenn der Urheber insolvent werde. Nominant sei immerhin der richtige Beklagte gewesen, und Kläger habe keinen Fehler begangen, dass er gegen diesen die Klage angestellt habe, vielmehr erlange er ein auch gegen den ausgeschiedenen Beklagten wirksames und vollstreckbares Urtheil. Aus dem Umstande, dass Kläger sich einen anderen Gegner gegenüberstellen lassen müsse, folge nicht, dass er unterlegen sei, und, auch wenn er im Prozesse selbst obsiege, die Kosten des Beklagten tragen, oder auch nur vorschiessen müsse. Vielmehr sei es mit denselben ebenso, wie mit den Kosten des Beklagten im Falle des § 72 C.P.O. zu halten.

Es muss Petersen zugegeben werden, dass Kläger durch die Anstellung der Klage gegen den zur Sache legitimirten Laudanten keinen Fehler begangen hat. Allein dies schliesst nicht aus, dass ihm trotzdem eine Kostenpflicht im Falle der Entbindung des Beklagten obliegt. Auch dadurch, dass ich eine verjährte Forderung einklage, begehe ich keinen Fehler, denn es ist sehr wohl möglich, dass es der Beklagte verschmäht, von der Verjährungseinrede Gebrauch zu machen. Thut er dies aber mit Erfolg, so wird kein Mensch bezweifeln, dass ich ihm die Kosten des Rechtsstreites erstatten muss. Die Kostenpflicht beruht eben, wie Kohler[272]) überzeugend darthut, „nicht auf dem Grunde des Verschuldens, sie beruht vielmehr auf dem prozessualischen Gedanken, dass der Sieg der obsiegenden Partei kein vollständiger wäre, wenn er nur durch das Opfer von Kosten zu erlangen wäre.“ Dass aber die absolutio ab instantia als ein Obsiegen des Nominanten aufgefasst werden muss, kann nicht wohl bezweifelt werden. Der Beklagte ist mit einem ihm von der Pr. O. an die Hand gegebenen Rechtsbehelfe durchgedrungen, das von dem Kläger hergestellte Prozessrechtsverhältniss ist ohne dessen Einwilligung durch die Thätigkeit des Beklagten wieder gelöst, der Kläger ist also in dieser Beziehung unterlegen, und nach

[272]) Der Prozess als Rechtsverhältniss § 20 S. 81.

allgemeinen Grundsätzen für die Prozesskosten erstattungspflichtig. Dazu kommt, dass der Ansicht Petersens, derzufolge erst das Endurtheil darüber zu befinden hätte, von welcher Partei der Nominant die ihm erwachsenen Kosten beanspruchen könne, auch formelle Bedenken im Wege stehen. Denn wenn man auch annimmt, dass das zwischen Kläger und Auktor ergehende Urtheil nicht nur gegen, sondern auch zu Gunsten des streitentlassenen Beklagten wirksam und vollstreckbar ist, so gilt dies doch nach dem Wortlaute des § 73 Abs. 4 immer nur von der „in Ansehung der Sache selbst" ergehenden Entscheidung; es wäre daher eine zwangsweise Beitreibung der dem Nominanten entstandenen Prozesskosten auf Grund dieses Urtheils nicht zulässig.

Es ist nun noch die Frage aufgeworfen worden, ob der im Hauptprozesse unterliegende Auktor dem Kläger auch diejenigen Kosten ersetzen müsse, die diesem durch die Entbindung des Nominanten von der Klage entstanden sind. Dies behaupten Seuffert, Gaupp und Hellmann, jedoch, wie ich glaube, mit Unrecht. Der Streit um das Recht an der Sache hat mit dem Streite um die Frage, ob der Detentor von der Klage zu entbinden sei, gar nichts zu schaffen. Bleibt der Kläger in der Hauptsache Sieger, so vermag dies an der Thatsache nichts zu ändern, dass er in dem Streite wegen der Befreiung des Nominanten vom Prozesse unterlegen ist. Von dem Laudaten kann der Kläger am allerwenigsten Ersatz der Kosten fordern, welche ihm durch die Entbindung des Detentors verursacht worden sind. 5) Wird endlich der Antrag des Beklagten, ihn von der Klage zu entbinden, abgelehnt, so sind ihm die durch den Zwischenstreit und den Erlass des Zwischenurtheils entstandenen Kosten zu belasten. Dabei hat es sein Bewenden, auch wenn Nominant demnächst in der Sache selbst obsiegt.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a/S.